

中国社会科学院创新工程学术出版资助项目
中国哲学社会科学学科发展报告·当代中国学术史系列



合同法学的新发展

NEW DEVELOPMENT OF STUDY CONTRACT LAW

谢鸿飞 著

中国社会科学出版社

VISIT...

LANZAROTE Caliente.com


中国社会科学院创新工程学术出版资助项目

中国哲学社会科学学科发展报告·当代中国学术史系列



合同法学的新发展

NEW DEVELOPMENT OF STUDY CONTRACT LAW

谢鸿飞 ● 著

中国社会科学出版社

合同法学的新发展

谢鸿飞　著

中国社会科学出版社

版权信息

书名：合同法学的新发展

所属丛书：中国法学新发展系列丛书

作者：谢鸿飞　著

设计：姚成号

ISBN：978-7-5161-5042-9

出版：中国社会科学出版社

字数：741千字

版权所有·侵权必究

《中国哲学社会科学学科发展报告》

编辑委员会

主　任　王伟光

副主任　李　扬

编　委　（以姓氏笔画为序）

卜宪群　王国刚　王建朗　王　巍　邢广程　刘丹青

杨　光　李　平　李汉林　李向阳　李　林　李　周

李培林　李　薇　吴恩远　张宇燕　张顺洪　陆建德

陈众议　陈泽宪　卓新平　金　碚　周　弘　郑秉文

房　宁　赵剑英　郝时远　晋保平　唐绪军　黄　平

朝戈金　程恩富　谢地坤　蔡　昉　裴长洪　潘家华

总策划　赵剑英

统　筹　曹宏举　王　浩　任　明

总　序

当今世界正处于前所未有的激烈的变动之中，我国正处于中国特色社会主义发展的重要战略机遇期，正处于全面建设小康社会的关键期和改革开放的攻坚期。这一切为哲学社会科学的大繁荣大发展提供了难得的机遇。哲学社会科学发展目前面对三大有利条件：一是中国特色社会主义建设的伟大实践，为哲学社会科学界提供了大有作为的广阔舞台，为哲学社会科学研究提供了源源不断的资源、素材。二是党和国家的高度重视和大力支持，为哲学社会科学的繁荣发展提供了有力保证。三是“百花齐放、百家争鸣”方针的贯彻实施，为哲学社会科学界的思想创造和理论创新营造了良好环境。

国家“十二五”发展规划纲要明确提出：“大力推进哲学社会科学创新体系建设，实施哲学社会科学创新工程，繁荣发展哲学社会科学。”中国社会科学院响应这一号召，启动哲学社会科学创新工程。哲学社会科学创新工程，旨在努力实现以马克思主义为指导，以学术观点与理论创新、学科体系创新、科研组织与管理创新、科研方法与手段创新、用人制度创新为主要内容的哲学社会科学体系创新。实施创新工程的目的是构建哲学社会科学创新体系，不断加强哲学社会科学研究，多出经得起实践检验的精品成果，多出政治方向正确、学术导向明确、科研成果突出的高层次人才，为人民服务，为繁荣发展社会主义先进文明服务，为中国特色社会主义服务。

实施创新工程的一项重要内容是遵循哲学社会科学学科发展规律，完善学科建设机制，优化学科结构，形成具有中国特色、结构合理、优势突出、适应国家需要的学科布局。作为创新工程精品成果的展示平台，哲学社会科学各学科发展报告的撰写，对于准确把握学科前沿发展状况、积极推进学科建设和创新来说，是一项兼具基础性和长远性的重要工作。

中华人民共和国成立以来，伴随中国社会主义革命、建设和改革发展的历史，中国特色哲学社会科学体系也处在形成和发展之中。特别是改革开放以来，随着我国经济社会的发展，哲学社会科学各学科的研究不断拓展与深化，成就显著、举世瞩目。为了促进中国特色、中国风格、中国气派的哲学社会科学观念、方法和体系的进一步发展，推动我国哲学社会科学优秀成果和优秀人才走向世界，更主动地参与国际学术对话，扩大中国哲学社会科学话语权，增强中华文化的软实力，我们亟待梳理当代中国哲学社会科学各学科学术思想的发展

轨迹，不断总结各学科积累的优秀成果，包括重大学术观点的提出及影响、重要学术流派的形成与演变、重要学术著作与文献的撰著与出版、重要学术代表人物的涌现与成长等。为此，中国社会科学出版社组织编撰“中国哲学社会科学学科发展报告”大型连续出版丛书，既是学术界和出版界的盛事，也是哲学社会科学创新工程的重要组成部分。

“中国哲学社会科学学科发展报告”分为三个子系列：“当代中国学术史”、“学科前沿研究报告”和“学科年度综述”。“当代中国学术史”涉及哲学、历史学、考古学、文学、宗教学、社会学、法学、教育学、民族学、经济学、政治学、国际关系学、语言学等不同的学科和研究领域，内容丰富，能够比较全面地反映当代中国哲学社会科学领域的研究状况。“学科前沿研究报告”按一级学科分类，每三年发布，“学科年度综述”每年度发布，并都编撰成书陆续出版。“学科前沿研究报告”内容包括学科发展的总体状况，三年来国内外学科前沿动态、最新理论观点与方法、重大理论创新与热点问题，国内外学科前沿的主要代表人物和代表作；“学科年度综述”内容包括本年度国内外学科发展最新动态、重要理论观点与方法、热点问题，代表性学者及代表作。每部学科发展报告都应当是反映当代重要学科学术思想发展、演变脉络的高水平、高质量的研究性成果；都应当是作者长期以来对学科跟踪研究的辛勤结晶；都应当反映学科最新发展动态，准确把握学科前沿，引领学科发展方向。我们相信，该出版工程的实施必将对我国哲学社会科学诸学科的建设与发展起到重要的促进作用，该系列丛书也将成为哲学社会科学学术研究领域重要的史料文献和教学材料，为我国哲学社会科学研究、教学事业以及人才培养作出重要贡献。

王伟光

中国法学新发展系列丛书

编 委 会

总 主 编　陈　甦

编　　委　王家福　梁慧星　李　林　陈　甦
　　　　　陈泽宪　孙宪忠　刘作翔　莫纪宏
　　　　　李明德　王敏远　周汉华　邹海林
　　　　　张广兴　熊秋红　田　禾　冀祥德
　　　　　沈　涓　赵建文　朱晓青　柳华文

学术秘书　席月民

《中国法学新发展系列》序

历史给了中国机会，而我们在场。历史正在给中国法治进步和法学繁荣以机会，而我们正好在场。回首历史，恐怕没有哪个时代会像当今那样，给了法学研究者这样多的可以有所作为也必须有所作为的机会与责任。社会发展需要法治进步，法治进步需要法学繁荣。我们真的看到，在社会发展和法治进步的期望与现实的交织作用下，在以改革、发展、创新为时代价值的理论生成机制中，中国法学的理论建树与学科建设均呈现出前所未有的成就，其具体表现是那样的明显以至于任何法学研究者均可随意列举一二。因此，在中国法学的理论形成与学科发展的场域中，我们有足够的与我们学术努力与事业贡献相关的过程与结果事例作为在场证明。

但是，我们作为法学研究者，是否对我们的理论创造过程以及这一过程的结果，特别是这一过程中的自己，有着十分清醒与充分准确的认识，这恐怕不是单靠态度端正或者经验丰富就能简洁回答的问题。在当前的学术习惯中，对法学研究成果的认识与评价缺乏总体性和系统性，往往满足于某项单一指标的概括标识和简要评述。对于法学研究成果，通常依赖著述发表载体、他引次数、获奖等级等指标进行衡量；对于法学研究过程，通常要在教科书的理论沿革叙述、项目申报书的研究现状描述中获得了解；对于法学研究主体，通常要靠荣誉称号、学术职务甚至行政职务予以评价。（当然，这种学术习惯并不为法学专业所专有，其他学科亦然。）这些指标都是有用的，作为一定范围或一定用途的评价依据也是有效的。但是，这些指标也都是有局限的，都是在有目标限定、范围限定和方法限定的体系中发挥着有限的评价功能。由于这些指标及其所在评价体系的分散运作，其运作的结果不足以使我们在更宏大的视野中掌握中国法学的理论成就和学科发展的整体状况，更不足以作为我们在更深入的层次上把握法学研究与学科建设规律性的分析依据。然而，这种对法学理论与学科现状的整体掌握，对法学研究与学科规律性的深入把握，都是十分重要的，因为这是法学研究者得以自主而有效地进行学术研究的重要前提。因其对法学理论与学科现状的整体掌握和对法学研究与学科建设规律性的深入把握，法学研究者才能在法学的理论形成与学科发展的过程中，明晰其理论生长点的坐标、学术努力的方向和能动创造的维度，从而作出有效的学术贡献，而不是兴之所至地投入理论形成机制中，被法学繁荣的学术洪流裹挟前行。为有效的法学研究助力，这就

是我们为什么要撰写中国法学的学科新发展系列丛书的初衷。

在规划和撰写本系列丛书时，我们对“学术研究的有效性”予以特别的关注和深入的思考。什么是“有效的”学术研究，“有效的”学术研究有何意义，如何实现“有效的”学术研究，如此等等，是始终萦绕本系列丛书整个撰写过程的思维精灵。探求学术研究的有效性，不是我们意图为当今的学术活动及其成果产出设置标准，实在是为了本系列丛书选粹内容而设置依据，即究竟什么才是理论与学科“新发展”的判断依据。

首先，有效的法学研究是产生创新性成果的研究，而不是只有重复性效果的研究。学术研究的生命在于创新，法学研究的过程及其成果要能使法学理论得以丰富，使法治实践得以深入，确能实现在既有学术成果基础上的新发展。但由于读者、编辑甚而作者的阅读范围有限或者学术记忆耗损，许多只能算作更新而非创新的法学著述仍能持续获得展示机会，甚而旧作的迅速遗忘与新作的迅速更新交替并行。法学作为一门应用性很强的学科，观点或主张的反复阐释固然能加深世人印象并有助于激发政策回应，但低水平重复研究只能浪费学术资源并耗减学术创新能力，进而会降低法学研究者群体的学术品格。通过与最新的法学研究既有成果进行再交流与再利用，有助于识别与判定法学理论创新的生长点，从而提高法学知识再生产的创新效能。

其次，有效的法学研究是有真实意义的研究，而不是只有新奇效应的研究。法学应是经世致用之学，法学研究应当追求研究成果的实效性，其选题确为实际中所存在而为研究者所发掘，其内容确能丰富法学理论以健全人们的法治理念、法治思维与法治能力，其对策建议确有引起政策回应、制度改善的可能或者至少具有激发思考的价值。当然，法学研究不断取得发展的另外一个结果就是选题愈加困难，法学研究者必须不断提高寻找选题的学术敏感性和判断力以应对这种局面，而不是在选题的闭门虚设与故作新奇上下功夫。谁也不希望在法学研究领域也出现“标题党”与“大头军”，无论是著述标题亮丽而内涵无着的“标题党”，还是题目宏大而内容单薄的“大头军”，都不可能成为理论创新的指望。力求真实选题与充实内容的质朴努力，才是推进有效的法学研究的主要力量。

再次，有效的法学研究是有逻辑力量的研究，而不是只有论断效用的研究。法学研究的创新并不止步于一个新理论观点的提出或者一个新制度措施的提倡，而是要通过严格的论据、严谨的论证构成严密的论点支撑体系，由此满足理论创新的逻辑自洽要素。法学创新的判断标准实质上不在于观点新不新，也不在于制度建议是不是先人一步提出，而是在于新观点、新建议是否有充分的逻辑支撑和清晰的阐发

论述。因为缺乏论证的新观点只能归属于学术武断，而学术武断只能引起注意却不能激发共鸣。法学研究者常常以其学术观点或制度建议被立法采纳作为其学术创新及其价值的证明，其实在理论观点或制度建议与立法采纳之间，很难确立以特定学者为连接点的联系，即使能够建立这种联系，导致立法采纳的缘由也并不在于观点或建议的新颖性，而在于观点或建议的论证充分与表述清晰。

最后，有效的法学研究是有利他效应的研究，而不是只有自我彰显效能的研究。在法学研究的运作机制中，学术成果固然是学者个人学术创造力的结晶，其学术影响力是作品的学术质量与作者的学术声誉的综合评判，但学术成果的正向价值却是其学术影响力的本质构成要素。法学研究成果必须有益于法治进步、社会发展和人民福祉，也就是具有超越彰显个人能力与成就的利他效应。如果法学研究成果的形成目的只是在于作者的自我满足，或者其表达效果只有作者自己能够心领神会，其作用结果无益于甚至有损于法治进步、社会发展和人民福祉，那就绝不能视为有效的法学研究。所以，坚守学术成果的正向价值，提高具有正向价值的学术成果的可接受性，是实现法学研究有效性的根本要件。

本系列丛书最为主要的撰写目的，就是通过对一定时期我国法学研究成果的梳理与选粹，在整体上重构我国法学研究既有成果的表述体系，从中析出确属“新发展”的内容成分并再行彰显，以有助于对中国法学研究现状的整体掌握与重点检索，从而促使当今的法学研究能够实现如上所述的有效性。在此主要目的之外，还有一些期望通过本系列丛书达到的目的。诸如其一，有助于提高法学专业学生的学习效率与研读效果。本系列丛书将法学二级或三级学科在近期的知识积累和学术发展予以综合、梳理和评价，从而构成一般法学教科书之外并超越一般法学教科书的知识文本体系。通过阅读本系列丛书，可以更为系统准确地掌握中国法学某一领域的知识体系、学术重点、研究动态、理论沿革、实践效果以及重要学者。其二，有助于强化法学研究人员的学术素质养成。一个学者能够完成法学某个二级学科或三级学科新发展的撰写，就一定会成为这个法学二级学科或三级学科的真正专家。因为他或她要近乎被强迫地对该学科领域学术著述进行普遍阅读，由此才能谈得上对该学科领域新发展的基本把握；要深下功夫对该学科领域的各种学术事件和各家理论观点进行比较分析，由此才能做出是否确属法学新发展的准确判断。通过对法学某个二级学科或三级学科新发展的撰写，可以提高作者对法学研究成果的学术判断力和法学科研规律的认识能力。其三，有助于加强科研人才队伍建设。本系列丛书的主要作者或主编均为中国社会科学院法学研究所和国际法研究所的科研人员，通过本系列丛书的撰写，不仅使法学所和国际法

所科研人员的个人科研能力获得大幅度提升，也使得法学所和国际法所的科研人员学科布局获得质量上的均衡，从而使法学所和国际法所的整体科研能力获得大幅度提高。说来有些自利，这也是法学所和国际法所何以举两所之力打造本系列丛书的重要原因之一。

本系列丛书以法学某个二级或三级学科作为单本书的撰写范围，基本上以《××学的新发展》作为书名，如《法理学的新发展》、《保险法学的新发展》等。如果不便称之为“××学的新发展”，便以《××研究的新发展》作为书名，如《商法基础理论研究的新发展》。本系列丛书的规划初衷是尽可能的涵括所有的法学二级学科或三级学科，但由于法学所和国际法所现有科研人员的学科布局并不完整，尤其是从事不同法学二级或三级学科研究的科研人员的素质能力并不均衡，即使联合外单位的一二学界同道助力，最终也未能实现本系列丛书涵括范围的完整性。这种规划上的遗憾再次提醒我们，加强科研队伍建设，既要重视科研人员个体科研能力的提高，也要重视一个机构整体科研能力的提高。我们希望，如果五年或十年之后再行撰写中国法学新发展系列丛书时，其所涵括的法学二级或三级学科将会更多更周延。

本系列丛书对各个法学二级或三级学科研究成果的汇集范围，限于2000年至2012年间已发表的专业著述。既然阐释学科新发展，总得有一个适当的标定期间范围。期间太短，则不足以看清楚学科新发展的内容、要点、意义与轨迹；期间太长，则不便称之为学科的“新发展”。本系列丛书选萃材料的发表期间截至2012年，这是本系列丛书的撰写规划年份，也是能够从容汇集材料并析出其中“新发展”要素的最近年份；本系列丛书选萃材料的发表期间起始为2000年，倒不是因为2000年在法学研究的学术历史中有什么特别意义，只是因为前至到2000年能够确立一个易于阐释学科新发展的适当期间。当然，人们通常认为2000年是新世纪的起点，以2000年为起始年份，多少有些借助万象更新好兆头的意思。

本系列丛书中每本书的具体内容由其作者自行把握，在丛书规划上只是简略地做出一些要求。其一，每本书要从“史、评、论”三方面阐释一个法学二级或三级学科的新发展。所谓“史”，是指要清晰地描述一个学科的发展脉络与重要节点，其中有意义的学术事件的起始缘由与延续过程，重点理论或实践问题研究的阶段性结果，以及各种理论观点的主要内容与论证体系，特别是各种观点之间的起承转合、因应兴替。所谓“评”，是指对一个学科的学术事件和各家观点予以评述，分析其在学术价值上的轻重，在理论创新上的得失，在实践应用上的可否。所谓“论”，是指作者要对撰写所及的该学科重要理论或实

践问题阐释自己的看法，提出自己的观点并加以简明论证。“史、评、论”三者的有机结合，可以使本系列丛书摆脱“综述大全”的单调，提升其作为学术史研究的理论价值。这里特别需要说明的是，因本书撰写目的与方法上的限定，“论必有据”中“据”的比重较大，肯定在重复率检测上会获得一个较高的数值。对属于学术史研究的著述而言，大量而准确地引用学界既有论述是符合学术规范的必要而重要之举。可见，重复率检测也是很有局限性的原创性判定方法，本系列丛书的重复率较高并不能降低其原创性。其二，每本书要做一个本学科的关键词索引，方便读者对本书的检索使用。现在的大多数学术著作欠缺关键词索引，不方便读者尤其是认真研究的读者对学术著作的使用。本系列丛书把关键词索引作为每本书的必要构成，意在完备学术规范，提高本系列丛书在学术活动中的利用价值。其三，每本书在其书后要附上参考资料目录。由于2000年至2012年间的法学著述洋洋洒洒、蔚为大观，在确定参考资料目录上只得有数量限制，一般是每本书所列参考资料中的学术论文限100篇，学术专著限100本，只能少列而不能多列。这种撰写要求的结果，难免有对该学科学术成果进行重要性评价的色彩。但因作者的阅读范围及学术判断力难以周全，若有“挂百漏万”之处，万望本系列丛书的读者海涵。

中国社会科学院正在深入推进的哲学社会科学创新工程，是哲学社会科学研究机制的重大改革。其中一项重要的机制性功能，就是要不断提高科研人员和科研机构的科研效能、科研效率与科研效果。深入系统地掌握具体学科的发展过程与当前状况，不仅是技术层面的学术能力建设，更是理念层面的学术能力建设。因为对既有科研过程和学术成果的审视与省察，可以强化科研人员的学术自省精神和学者的社会责任，从而提高理论创新的动力与能力。中国社科出版社以其专业敏锐的学术判断力，倾力打造学科新发展系列图书，不仅是“中国法学新发展系列丛书”的创意者，更是本系列丛书的规划者、资助者和督导者。正因法学所、国际法所与中国社会科学出版社之间的良性互动，本系列丛书才得以撰写完成并出版面世。可见，科研机构与出版机构之间的良性互动与真诚合作，确是学术创新机制的重要构成。

陈　甦

2013年7月1日于北京

本书缩略语

1.最高人民法院《关于贯彻执行〈中华人民共和国民法通则〉若干问题的意见》（试行）（1988年4月2日）——《民法通则司法解释》

2.最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见》（法发［1999］22号）——《民事诉讼法司法解释》

3.最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释（一）》（法释［1999］19号）——《合同法司法解释一》

4.最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释（二）》（法释［2009］5号）——《合同法司法解释二》

5.最高人民法院《关于审理商品房买卖合同纠纷案件适用法律若干问题的解释》（法释［2003］7号）——《商品房买卖合同司法解释》

6.最高人民法院《关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释》（法释［2004］14号）——《建筑工程合同司法解释》

7.最高人民法院《关于审理涉及农村土地承包纠纷案件适用法律问题的解释》（法释［2005］6号）——《农村土地承包合同司法解释》

8.最高人民法院《关于审理城镇房屋租赁合同纠纷案件具体应用法律若干问题的解释》法释［2009］11号——《租赁合同司法解释》

9.最高人民法院《关于审理买卖合同纠纷案件适用法律问题的解释》（法释［2012］7号）——《买卖合同司法解释》

10.最高人民法院《关于审理民事案件适用诉讼时效制度若干问题的规定》（法释［2008］11号）——《诉讼时效司法解释》

11.最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国公司法〉若干问题的规定（三）》（法释［2011］3号）——《公司法司法解释三》

12.最高人民法院《关于对企业借贷合同借款方逾期不归还借款的应如何处理的批复》（法复［1996］5号）——《企业借贷合同批

复》

13.最高人民法院《关于审理旅游纠纷案件适用法律若干问题的规定》（法释［2010］13号）——《旅游合同司法解释》

14.《最高人民法院关于审理涉及国有土地使用权合同纠纷案件适用法律问题的解释》（法释［2005］5号）——《国有土地使用权合同司法解释》

目　录

总　序

《中国法学新发展系列》序

本书缩略语

第一章　中国合同法学的研究现状　（2000—2012）

　　第一节　中国合同法学研究的成就

　　第二节　中国合同法学研究的范式

第二章　合同法基础理论

　　第一节　合同法的价值体系

　　第二节　合同拘束力

　　第三节　合同相对性

　　第四节　合同解释

第三章　合同的成立（上）

　　第一节　合同的判定

　　第二节　合同成立与合意形成

　　第三节　要约与承诺

　　第四节　意思实现、默示承诺与事实合同

第四章　合同的成立（下）

　　第一节　合同的法定形式

　　第二节　强制缔约

第三节　格式条款

第四节　缔约过失责任

第五章　合同的效力

第一节　未生效合同

第二节　表见代理

第三节　无权处分

第四节　违反强行法的合同

第五节　无效合同的效力

第六章　合同的履行、保全与转让（上）

第一节　合同义务的扩张

第二节　第三人利益合同

第三节　同时履行抗辩权与先履行抗辩权

第四节　不安抗辩权与预期违约

第七章　合同的履行、保全与转让（下）

第一节　代位权

第二节　撤销权

第三节　情势变更

第四节　债权让与

第八章　合同解除

第一节　合同解除的界定及其功能

第二节　法定解除的适用范围与条件

第三节　合同法定解除的效力

第四节　合同法定解除权的行使

第五节　合同解除与风险负担

第九章　违约责任（上）

第一节　立法路径与归责原则

第二节　违约行为

第三节　违约责任与瑕疵担保责任

第四节　实际履行

第十章　违约责任（下）

第一节　损害赔偿

第二节　违约金

第三节　双方违约与第三人原因违约

第四节　其他问题

第十一章　有名合同（上）

第一节　买卖合同

第二节　赠与合同

第三节　借款合同

第四节　租赁合同

第十二章　有名合同（下）

第一节　融资租赁合同

第二节　建设工程施工合同

第三节　委托合同

第四节　其他合同

第十三章　合同法学的展望与期盼

关键词索引

参考文献

第一章　中国合同法学的研究现状（2000—2012）

第一节　中国合同法学研究的成就

一　导言

2008年，时值改革开放30年。中国民法（婚姻法、继承法除外）几乎与改革开放同步复兴与不断深化，值此大庆，民法学者也纷纷撰文庆祝，总结30年民法学研究领域的成就，大致可用“繁花似锦、枝繁叶茂”形容。合同法学是我国民法学学者用力最多，也是研究最成熟的领域，成就也在其他领域之上。原因之一是，中国民法学研究始终存在“立法中心主义”，多围绕立法热点展开研究，难免漂浮不定，但难能可贵的是，合同法一直是民法学的研究重镇，并没因其他民事立法而中断学术积累，令人欣慰。究其根由，一是自1993年中国开始启动合同法立法工作以来，民法学研究重心即向合同法学倾斜，涌现了大量体系书和专论。[1] 二是相对于物权法而言，合同法的技术性重于政治性，相对中立，避免了与意识形态、社会体制的复杂纠葛。

本书综述的是2000—2012年的合同法学研究成果。一言以蔽之，这是1949年以来中国合同法学研究最繁荣的年代。这样说并非抹杀以往的研究成果——相反，没有以往的学术积淀，合同法学不可能发展成今天这样。这可归结于两个标志性事件。

1.1999年统一《合同法》的颁行

从改革开放到社会主义市场经济体制正式提出之前，中国民法学者始终都面临公有制背景下的研究窘境，即必须努力从极“左”的社会主义意识形态的逼仄缝隙中寻求民法学的生长因素。合同法又与市场经济具有天然的亲和性，学者必须解决市场合法性问题才可能深入研究合同法。正如有学者指出，改革开放以来，以市场化为目标取向的经济体制改革为民法和民法学提供了生长的空间，也促成了民法学的理论转型。这一转型体现为中国民法学逐渐摆脱了苏联民法学的影响，积极吸收大陆法系传统私法理论的素养，并借鉴某些英美法的因素，初步形成了以私法理念为基础的民法学理论体系。[2]

虽然1992年我国即提出了建立“社会主义市场经济”的口号，但其落实过程相当艰难而漫长。中国强大的行政权力并没有因为“社会主义市场经济”的提出而从社会经济领域有所撤退，反而因市场经济的建设不断强化其管理权与监管权。在《合同法》制定过程中，技术合同主管部门、工商部门的利益博弈就充分印证了这一点。但无论如何，1999年统一《合同法》的通过，意味着“政治法学”的结束，合同法学者可以完全无须寻求政治话语的支持，无须再论证契约自由与私法自治的正当性了。

2.中国加入WTO

这是2000年后影响中国最重要的事件之一。它对中国公权力的规范运行和市场机制的拓展提出了更高要求，尤其是要求建构真正的市场经济——尽管这一任务至今尚远未完成。这一事件也促使学者更密切地关注域外法、国际公约和国际交易领域的“软法”（soft law）。

上述外在因素使合同法学研究彻底摆脱了政治体制与意识形态的过度纠缠。学者完全可以心无旁骛，精心建构宏大的合同法学理论体系和巨细无遗的合同法规则。加之《合同法》通过之前，国内学术界对合同法学的基本理论已有相对深厚的积累，因此，2000年后的合同法学研究基本上是朝向“民法学的科学化”（孙宪忠教授语）发展，其路径是不断完善合同法学的既有体系，使其更精致与细密。

2000年后合同法学发展还有其他重要动因。兹列两端：一是合同法研究从业人员的增加。众所周知，中国法学院的剧增及相应的学术考核机制，促使众多法学院的师生尽可能多出作品。另外，研究型法官的数量与日俱增，他们也撰写了关于合同法实务问题的大量作品。二是中国市场经济的发展及社会转型期间涌现了众多具体的合同法问题，如新类型的合同纠纷等，为学术界展开研究提供了源源不断的实务资源。

合同法学研究可依据不同标准分类。本书将其分为解释论和立法论两部分，大多数研究成果都可分别纳入这对范畴。鉴于中国合同法学研究的复杂性，本书还将讨论合同法的其他研究成就。

二　解释论的成就

解释论是与立法论对应的概念。它关注民法规范的现实结构，必须遵循一定的解释方法。它首先要求熟悉现行有效的民事法律规范，进而判断对要解决的问题是否可直接适用现行法，如不能，则研究如何填补法律漏洞。立法论则关注民法规范的理想状态。[3] 前者的目的

是为法律适用确定相对清晰、妥当的前提，为法官的裁判提供参考；后者的目的是提出现行法的改进意见，供立法机关参考。[4] 解释论的核心任务是：解释现行法规范整体的内容与关联，通过公认的基本价值来解释、协调现行法，力图使法秩序成为一个无矛盾的统一体。[5] 但它必须在现行法的框架内作业，最多通过法律解释、类推适用等技术弥补现行法的不足，而不否定现行法，也不提出立法建议。

2000年以来，因《合同法》的颁行，我国合同法学研究转向了解释论，尤其是2007年《物权法》颁行后，民法学界解释论蔚然成风，合同法学研究也不例外。合同法学在国内法学学科中可能是最早转向解释论的，其他学科的研究至今大多还以立法论与对策论为主，如目前“行政法学的论文在写作过程中常常以立法论为视角切入”[6] 。

民法学界很早就有学者力倡解释论。合同法学解释论的兴起有两个重要动因：一是《合同法》的颁行，多少消解了学者提出过多立法建议的念头，毕竟法律不可能朝令夕改。二是师从大陆法系的学者推动，尤其是熟悉德国、日本民法学理论的学者，他们或通过翻译德日的重要民法学作品，或身体力行以解释论阐明现行法的适用。

我国合同法学解释论的成就，可从如下两方面归纳：

1.合同法学研究的全面性

2000年以后，我国涌现了一大批合同法学教材、体系书、专题研究和释义书，其数量之多，足可使任何列举都挂一漏万。这里管中窥豹，略举引证率领先的作品。

（1）教材类。如崔建远主编：《合同法》（法律出版社2000年第1版，2010年第5版）[7] ；王利明、崔建远：《合同法新论·总则》（中国政法大学出版社1996年初版，2000年修订版）；郭明瑞、王轶：《合同法新论·分则》（中国政法大学出版社1997年版）；陈小君主编：《合同法学》（高等教育出版社2003年初版，2009年第2版）；余延满：《合同法原论》（武汉大学出版社1999年初版）；李永军、易军：《合同法》（中国法制出版社2009年版）；韩世远：《合同法学》 （高等教育出版社2010年版）等。

（2）体系书。如王利明：《合同法研究》（中国人民大学出版社2003年初版，2011年第2版，共3卷）；李永军：《合同法》（法律出版社2004年版，2010年第3版）；韩世远：《合同法总论》（法律出版社2004年初版，2011年第3版）；崔建远：《合同法总论（上卷）》（中国人民大学出版社2008年初版，2012年第2版）；朱广新：《合同法总则》（中国人民大学出版社2008年初版，2012年第2版）等。

（3）专著。专著因针对某一具体专题，其引证率很大程度上取决于相关专题研究者的数量和专题范围的大小。代表性的作品，如王利明：《违约责任论》（中国政法大学出版社1996年初版，2003年修订版）；韩世远：《履行障碍法的体系》（法律出版社2006年版）；葛云松：《期前违约规则研究》（中国政法大学出版社2003年版）；朱庆育：《意思表示的解释理论》（中国政法大学出版社2004年版）；徐涤宇：《原因理论研究》（中国政法大学出版社2005年版）；易军、宁红丽：《合同法分则制度研究》（人民法院出版社2003年版）；方新军：《现代社会中的新合同研究》（中国人民大学出版社2005年版）；周江洪：《服务合同研究》（法律出版社2010年版）等。值得一提的是，2000年后，梁慧星主编的“中国民商法专题研究丛书”（法律出版社）出版了不少有影响的合同法学专著。如孙美兰：《情势变动与契约理论》（2004年），朱广新：《信赖责任研究》（2007年），刘承韪：《英美法对价原则研究》（2006年），齐晓琨：《德国新、旧债法比较研究》（2006年），尹田：《法国现代合同法：契约自由与社会公正的冲突与平衡》（2009年第2版）等。

2.合同法学研究的深入

2000年尤其是2007年后，我国合同法学研究呈现出细致、绵密和高度专业化特征。兹以期刊为例。据统计，《中国社会科学》、《法学研究》和《中国法学》三大期刊2009年所发表论文的平均长度均超过10页。《法学研究》和《中国法学》2006年的篇幅均页数分别是12页和134页。[8] 这表明，我国法学研究整体上已呈现专业化趋势。目前，很多学术期刊发表的合同法学论文都超过2万字。此外，合同法学的选题也体现了解释论的转向。如《法学研究》2008年后发表的部分合同法学论文题目为：“解除效果折中说之评论”（崔建远）、“格式条款内容规制的规范体系”（解亘）、“我国合同拘束力理论的重构”（解亘）、“债权让与的优先顺序与公示制度”（李宇）、“金融衍生交易的法律解释——以合同为中心”（刘燕、楼建波）、“风险负担规则与合同解除”（周江洪）等。又如《法商研究》2009年以后发表的部分合同法学论文题目为：“论合同类型的认定”（宁红丽）、“《中华人民共和国合同法》第378条之理解与完善——兼论我国货币保管合同的民商分立”（万建华）、“风险负担规则中的‘交付主义’模式之质疑——以我国物权法与合同法的对接为切入点”（王雪琴）、“合同法上可得利益赔偿规则的反思与重构——从《中华人民共和国合同法》第113条适用的实证考察出发”（吴行政）、“论违反公法规定对法律行为效力的影响——再评《中华人民共和国合同法》第52条第5项”（许中缘）、“论《中华人民共和国合

同法》第64条的定性与解释——兼与‘利他合同论’商榷”（薛军）、“缔约磋商中保密义务的法律适用研究——以《中华人民共和国合同法》第43条为中心”（张虹）等。

尤其值得一提的是，在梁慧星的《民法解释学》（中国政法大学出版社1995年版）与《裁判的方法》（法律出版社2003年版）获得巨大的学术影响后，民法学界对解释论方法也贡献了诸多精品，如王利明的《法律解释学导论——以民法为视角》（法律出版社2009年版）、《法律解释学》（中国人民大学出版社2011年版）与《法学方法论》（中国人民大学出版社2012年版）等。

合同法学的解释论转向，不仅意味着合同法学研究的成熟，也表明研究者逐渐尊重现行法秩序，与以往动辄批判现行法的姿态明显有别。正如有学者敏锐地指出，当前带有教义学属性的法律解释学被批判，代之而起的是法律解释的系统论、整体论、循环论、融贯论及对话商谈理论，其中，政治修辞、道德意识常常压抑着法律意义的释放，常理、常识、人情等，也堂而皇之地成为了解释法律的依据。[9] 法学研究运用各种法制解构理论固然可给人知识上的震惊，促使我们反思现行法秩序，但目前中国法律尤其是《合同法》之类的民商裁判法律，需要的是妥当适用，而非破除现行规范，以等待一个遥遥无期的法律新世界。

三　立法论的成就

改革开放30年以来，民法学的发展主轴无疑是“为立法服务”，民法学研究大多围绕着立法论展开，具体表现为：“以功能设计与规范建构为路径的立法论研究范式、大规模引进域外立法材料引致的外源型研究范式、基于立法引导型建构的学术导向范式。”[10] 如改革开放之初民法与经济法的论争、20世纪90年代初开始的合同法立法争论、20世纪90年代末期的民法法典化和民法典编纂体例的大辩论、物权法立法争议、侵权法争议等均如此。[11] 立法论的思维模式可概括为：“论题为我国法律规定者，就分析法律规定、列举域外经验、点出问题所在、提出修法意见；论题未被我国法律规定者，则明示论题意义、列举域外经验、阐述制度构造、提出立法意见。”[12]

民法学立法论研究盛行的原因或可概括为两端：一是中国立法的运作机制。尤为关键的是，立法者往往采用学者的立法建议。二是民法学本身积淀不够。学者难以细致发掘新问题，加上研究材料匮乏——不仅国外材料难觅或难以消化，而且国内立法材料（尤其是立法理由书）也踪迹全无，从事解释论研究多半有心无力。虽然近年来合

同法学出现了解释论转向，但这并不意味着学者枯守现行法规范，真以为现行法可通过解释论的运用就万事大吉。合同法学的立法论也有所发展，尽管其数量远不如《合同法》制定之前的10年。

立法论最重要的成果，无疑是20世纪90年代末到21世纪初发端的官方民法典编纂运动。众所周知，2002年12月23日，第九届全国人民代表大会常务委员会第三十一次会议审议了《中华人民共和国民法（草案）》。此后虽未再被提及，[13] 但学者起草民法典的热情并没有因此迅速减退，而是知难而上，纷纷贡献自己的民法典草案。如梁慧星主持的《中国民法典草案建议稿附理由》（法律出版社陆续出版）、王利明主持的《中国民法典草案建议稿及说明》（中国法制出版社和法律出版社陆续出版）和徐国栋主持的《绿色民法典草案》（社会科学文献出版社2004年版）。散见于专著与论文中的立法论观点，更是不可数计。此外，学者对民法典体系亦作了诸多研究，如王利明的《民法典体系研究》（中国人民大学出版社2008年版）与陈小君的《民法典结构设计比较研究》（法律出版社2011年版）。

令人欣慰的是，2000年以后，合同法研究者更深入广泛地与国际学界合作和互动，这也体现在立法方面。此前，正如有学者所言，中国虽为《联合国国际货物销售合同公约》的成员国之一，但中国学者并没有实质性参与其制定。[14] 近年来，受欧洲私法统一或协调运动的影响，我国学者也开始协调东亚地区的合同法，其目标是制定一部《亚洲合同法原则》（Principles of Asian Contract Law，以下简称为PACL），目前该项目已实质性开展。[15]

在这一时期，尽管《合同法》本身并没更易，但学术界与实务界的合作较多，促成了诸多司法解释的出台。最高法院制定的《合同法》相关司法解释很大程度上吸纳了学者的立法建议，如《合同法司法解释二》第14条使用效力性规范与管理性规范这对范畴，限缩了《合同法》第52条第5项中的“法律、行政法规的强制性规定”。又如《买卖合同司法解释》对瑕疵担保责任、无权处分的规定，也借鉴了学者的研究成果。反过来，这些司法解释也成为学者解释论的重点。这也表明我国合同法学研究逐渐与实践同轨。

四　其他成就

正如梁慧星教授指出：“现今的中国民法学，对于外国民法制度和理论，不是盲信盲从，而是敢于怀疑，敢于自己决定取舍。”[16] 这端赖一批精通外语的学者译介外国法之力，包括翻译和介绍。如周忠海等译：《欧洲合同法》（海因·克茨著，法律出版社2001年版）；

邵建东、孟翰、牛文怡译：《德国债法现代化法》（中国政法大学出版社2002年版）；朱岩编译：《德国新债法条文及官方解释》（法律出版社2003年版）；葛云松、丁春艳译：《美国合同法》（范斯沃思著，中国政法大学出版社2004年版）；杜景林、卢谌译：《德国债法总论》（法律出版社2004年版）；高圣平等译：《美国〈统一商法典〉及其正式评述》（中国人民大学出版社2005年版）；张家勇译：《现代合同理论的哲学起源》（戈德雷著，法律出版社2006年版）；杜景林、卢谌译：《德国债法分论》（法律出版社2007年版）；罗丽、申政武、于敏等译：《我妻荣民法讲义》（中国法制出版社2008年版）；陈彦明等译：《美国合同法精解》（费里尔著，北京大学出版社2009年版）等。

此外，学界介绍外国法的作品相当多，尤其在2001年德国债法改革后。如王军：《美国合同法》（对外经济贸易大学出版社2004年版）；齐晓琨：《德国新、旧债法比较研究：观念的转变和立法技术的提升》（法律出版社2006年版）；尹田：《法国现代合同法：契约自由与社会公正的冲突与平衡》（法律出版社1995年初版，2009年修订版）；李先波：《英美合同解除制度研究》（北京大学出版社2008年版）；杜景林：《德国法总则新论》（法律出版社2011年版）等。

2000年以来，学界比较法研究日趋成熟的一个标志是，能跟踪最新国际合同法学的发展。兹举两个显例：一是对德国债法现代化改革的全面介绍。德国改革在诸多方面都重构了传统大陆合同法学理论，这些理论的引进激发了国内学界的讨论高潮。二是对日本民法典改革尤其是合同拘束力理论的介绍。虽然目前尚未引起广泛关注，相信假以时日，必然也会引发热议。

无疑，这些外国法理论的引入，对深化中国合同法学的研究、促进合同法学的研究转型乃至新研究范式的形成，都功不可没。

第二节　中国合同法学研究的范式

本书所称的“范式”，并非完全是库恩（Thomas　Kuhn）意义上的“Paradigm”。本书试图用它来概括我国合同法学研究的若干特征，既涉及合同法学研究的外在特征，也关乎研究者的某些学术心态。

一　合同法学研究的内容

合同法学研究的内容，可以按照不同标准予以分类。如一分为四：一是解释论；二是立法论；三是实际问题的民法解决对策；四是域外法的介绍及价值评判。[17] 本书则将合同法学的内容分为三类。

1.宏观研究

其主题多涉及合同法整体发展趋势、历史脉络、基本价值与基本原则。典型题目如合同法的现代发展、契约自由、私法自治等。在《合同法》颁行之前，这些选题众多，但晚近以来日渐稀少。因为对基本价值、社会变迁与合同法的关系之类的主题，不仅要求论者学识深厚，对全部合同法理论与实务烂熟于心，而且还要求论者有极强的观察力和敏锐度，否则很难有新意。

我国合同法学乃至整个民法学的宏观研究，有时也多少暴露了一些学科不自信，尤其体现为对交叉学科的运用。如对合同解释，比较流行的一种研究范式是将哲学阐释学与合同解释嫁接。但有学者尖锐地指出，这“其实是中国法学界另一个望文生义的错误。两者其实无关，最关键的一点是，法律解释总是有明确的目的，而阐释学必须拒绝目的预设，在阐释学中，文本至上，在法律解释中，其实是目的至上”[18] 。法官进行合同解释的目的是通过解释合同来印证自己对合同既有的观点，这种论点无疑是合同法学者难以接受的，但作为警醒，确实值得研究者深思。

2.中观研究

指对合同法概念、理论、制度和具体规则的研究，是合同法学最有魅力、最能呈现其专业技术特征的内容，历来都是合同法学研究的重头。绝大多数有分量和影响力的著述也都是这类研究。但令人遗憾的是，我国合同法学研究几乎完全偏向了总则，合同法分则的研究相当薄弱。如1978—1986年，《法学研究》刊发的合同法论文包括14篇总论和6篇分论； 1987—1999年，42篇合同法论文包括31篇总论和11篇分论。[19] 这种状况至今没有改变。我国台湾大学的陈自强对国内合同法学的批评可谓一言中的：“（大陆）学者还是非常注重抽象理论的研究。就像武侠小说里面的人，高来高去的，却很少跳下来看看实际的生活，到底需要什么样的法律规范。”[20]

分则研究的薄弱，可能有两个重要原因：一是合同法分则的理论色彩不如总则，而且过于精细和专业，难以产生重要的学术影响和引起学术共鸣。二是研究者在日常生活中难以接触某些新型合同，缺乏感性认识，如融资租赁合同、建设工程施工合同等，无法发现其间需要深入研究的问题。

3.微观研究

指完全针对具体合同法实践问题的研究，如现实案例、合同制作与审查等。应该说，我国合同法学并不缺乏案例研究，坊间大量的个案分析作品即为明证。但整体上，合同法学研究的“法律教义学的研究多于案例的分析研讨”[21] 。其原因一部分可归结于国内法学教育与研究以理论为主的缺陷，另一部分可归结于司法制度的缺陷。

无论在理论界还是实务界，对案例研究有浓厚兴趣的研究者为数不少。很多学者也意识到案例研究的重要性：“收集、分析和探讨这些实际的裁判例和裁判文书是非常有必要的。这些实际的案例和文书，是活生生的法律的体现。成文的抽象法条到底如何运行，是徒具空文还是富有实效，都通过这些实际的材料和文本强烈地反映出来。”[22] 晚近以来，诸多学者都在理论著述中援引大量的判例作为论据，或运用复杂的法教义学理论分析较有影响的判决。

值得注意的是，我国合同法学研究几乎完全忽视了合同的制作与审查。这或许是大陆法系合同法学教育的通病。正如梅迪库斯指出：通过法律行为避免诉讼是非常重要的法律风险防范措施，但法学院完全忽视了这一点：

> 法学教育中要求学生解答的“案例”，通常都是已经拟定完备的合同、遗嘱或者其他法律行为，当事人只是对这些行为的解释或执行发生纠纷而已。我很少见到另外一种类型的考试作业。在这种类型的作业中，案情势实叙述的，比如是一个企业家的财产关系和家庭关系，然后给出这个人处理其遗产的愿望。在此基础上，要求学生拟定出这个企业家的遗嘱——也许是与他的配偶一起立下共同遗嘱。类似的作业也可以是拟定一份合伙合同，或者拟定一份父母向其一名子女移转土地的协议（同时向受让人的兄弟姐妹支付补偿金）。为一家清洁公司起草一般交易条件也可以作为考试题目。[23]

合同法学在法学教育中的重要性毋庸置疑，合同法学的实践品格亦为学者乐道。若法科毕业生不能掌握交易结构与利益模式，不能起草一份相对完美的合同，在工作过程中是否还会重蹈2008年我国企业与国际投行衍生品交易巨亏的覆辙呢？甚至当他毕业工作之际，有没有勇气独自与房地产经纪公司签订一份租赁合同都值得怀疑。

二　合同法学研究的材料

我国合同法学的材料主要是比较法。从法律文本上看，我国合同法学研究运用最多的材料是德国民法典、中国台湾地区“民法典”、日本民法典、法国民法典和瑞士民法典。近年来，受法国民法典影响的拉美诸国民法典、美国路易斯安那州民法典引入国内后，渐为学界关注。就国际间法律文本而言，《联合国国际货物销售合同公约》（CISG）、《国际商事合同通则》（PICC）和《欧洲合同法原则》

（PECL）亦越来越受重视。在法学理论上，被援引最多的是德国法理论，其次为英美法理论，最后为日本法理论。2000年之前，学界引用国外理论主要源于中国台湾地区学者的著述。之后，随着大量德国、日本原典的翻译，合同法学界逐渐直接引用国外著述。因国内学者大多均能够阅读英语文献，故引用英文著述的较多，尤其是美国《统一商法典》与《合同法重述II》等文本。

大量使用比较法材料甚至将其作为立论的根本，亦是催生我国立法论过度繁荣的根本因素。正如有学者指出，我国法学的立法论论证模式为：①我们社会某个领域有某个事物已经发生、正在发生或将要发生；②它的有利方面与不利方面；③要强化或扩张有利方面、控制或消除不利方面，则必须采取立法措施；④我国目前在此领域没有专门法，或者虽有相关法律但缺陷严重；⑤国外正好有理论或法律用于规制这类社会事物，具有可借鉴处；⑥根据我国实际并借鉴国外理论或制度，我国应当如何建构法律；⑦最后提出立法建议或系统的法律草案建议。[24]

中国民法历来注重兼采各国之长，《合同法》也如此。它以德国法学和成文法为蓝本，但其违约责任、预期违约、间接代理、风险负担等制度，又吸纳了英美法与国际公约的制度。这不仅对法律适用造成了诸多障碍，也造成了合同法学说的混乱。《合同法》一定程度上的拼贴风格，造成了法律继受与学说继受的脱节，以下两种情形最为典型。

一是运用各国不同的学说，来解释《合同法》的某条规范。合同法学作品的基本论证模式为：首先谈及制度的渊源（尤其是罗马法的源头），再讨论大陆法系诸国如何（即使大陆法系诸国都采纳了宗主国法律的亦如此），英美法系诸国如何，我国如何。这与欧美诸国的合同法学研究形成了强烈对比。这些国家的合同法学论文极少援引他国的作品。由于各国对同一制度使用的解释术语多有不同，这就造成了诸多无谓的语词之争。如“不完全履行”这一术语，学者亦使用不完全给付、不良履行、不良给付、不当履行、积极侵害债权等概念。看起来名词多姿，实则概念同一，如要展开有效讨论，不得不进行中文法学名词之间的“翻译”。

二是忽视《合同法》规则的本土适用，完全以域外理论来解释《合同法》。如我国《合同法》采单行法，更多体现了“合同构成”而非“债权构成”模式，但合同法学的主流思路，仍是固守大陆民法学传统，将合同法作为债法理论的一部分讨论。最令人困惑的是，《合同法》颁行后，学界用德国法理论建构我国的合同法学理论并解释《合同法》；在德国债法现代化改革后，我们又用德国新债法理论做同样

的事。但德国新债法很大程度上与《合同法》一样，与英美法、国际公约的诸多制度暗通款曲，对传统债法可谓革命。此外，不能不说，一些看起来是在追逐新理论的研究，在思维方式上倒是固化守旧的。

值得一提的是，近年来，精通德语、日语的学者越来越多，完全引用国外原典著作的合同法学研究作品也不在少数。有学者尖锐地指出了这一问题：

> 把别的国家的东西当成自己（国家）的东西看待，这个是比较法吗？这其实是一个法律的抄袭，好听一点叫学说继受。一个比较精致的研究方法应该很清楚地知道我现在写的东西，是在写德国的状态……最不好的方法就是把人家的东西全都当成自己的东西，日本人就把它叫做“不明国籍的论文”。明明用的是外文资料，可他就把它当成自己（国家）的东西。这种论文其实还很常见。[25]

这一棒喝虽然对研究者反思自己的主体意识大有助益，但对大陆学者未免过苛。毕竟《合同法》引入了国外的诸多制度，其具体适用还需要借力域外经验，况且，域外法律或理论完全可能包含了为我所用的精华。

三　合同法学研究的方法

国内合同法学研究者似乎并不关注方法论。众所周知，民法学最强调“规范研究方法”，即“研究主要服务于建构一套明确、具体并且不存在内在冲突的规范体系”[26]　。在近代民法学体系建成之后，民法学研究使用的主要是逻辑推理与演绎方法。在讨论某一问题时，首先将寻求其在整个民法体系中的定位，之后依据体系推演出更细致的内容。无论理论增益还是创新，事实上都是从“体系”这一母体繁衍出来的，换句话说，是从已知推导出未知。只有在穷尽一切逻辑可能性后，才运用法律漏洞填补方法，如目的性限缩、目的性扩张、类推解释创新规则，但这种创新也基本在体系框架内。

就学科发展而言，规范研究最大的优点是建构学术共同体，其前提必然是已经存在至少可供交流与对话的基础体系。但如前所述，国内学界之所以如此大幅度地引用比较法，盖因我国法学尚未稳定和成熟到这个程度。因此，法学研究包括合同法学研究很难做到严格的规范研究，合同法学研究也呈现出一幅奇异的景象：一些研究不断重复已经达成共识的合同法学基础理论，一些研究则讨论域外民法学的某个最新观点。

很多学者均指出，中国民法学研究甚少运用社会科学成果，而多局限于法学自身的封闭理论，更注重概念分析和体系化思维方式[27]

，将民法问题仅仅作为民法问题处理，欠缺与其他学科的良性沟通和交流。[28] 一份研究表明，1993—2002年，法学论文的外部引证率整体上偏低。国际法、民法学等学科可能确实存在越来越内部的引证和封闭特性。[29] 这种状况目前依然如此。尽管“也有学者尝试采用实证分析方法，但真正能够做到让数据说话、运用严格的数据分析工具的还是很少”[30] 。甚至“法律现象的量化和数学在法学领域的运用长期以来备受争议，一些学者不惜以各种理由来捍卫法学的模糊性，甚至只要一提到‘量化’、‘科学性’，就认为已经牺牲了法的价值”[31] 。这充分说明，国内研究还不习惯定量分析，而习惯定性思维。实际上，不仅其他学科的知识难以进入合同法学，就是法学内部，如民法与环境法、刑法、社会法的研究也都各自为政，缺乏跨学科对话。部分原因可能是合同法学具有强烈的技术性特征。

四　合同法学研究的表达

学术研究无非四端：义理、考据、辞章与经济。这里仅就引证与文风作一说明。

对1998年到2001年CSSCI数据库内中国主流法学引证情况的统计分析表明，中国主流法学界的引证具有“权威引证”严重、自我引证增加、学科的引证主要集中于知识结构相对陈旧的老一代学人、北京学者的引证不成比例的奇高等特点，并且可能大量存在“该引的不引”和“引的不该引”的情况。[32] 现在这种局面依然故我，而且“自从法学界引入引证率指标作为学术影响力排名考察因素之后，有些学者对自己潜在学术竞争者的引证变得吝啬起来。有些学者更多地援用我国台湾地区学者和外国学者，更多地引用译著、译文而非论文”[33] 。

目前大量论文的引证越来越长、越来越多，以至于《法学研究》在2010年第5期、第6期先后两次刊登关于引注的“启事”，其第1条就要求“引注以必要为限”，因为引证数量多并不等于引证规范。目前，大多数出版社、学术期刊仅要求引证形式，这当然是必要的，但与其纠缠于“页75”还是“第75页”，不如踏踏实实做好引证的两个重要实质规范：何时应当引用？应引用谁的作品？

尽管我国合同法系法律移植的产物，但法律文本并不像德国法那般晦涩，其行文更接近日常用语。这种表达方式利弊互现，利在其亲和力，弊在其歧义颇多，确定性减弱。中国民法未来采德国法表述方式的可能性应该极小，毕竟法律人与民众都习惯了现有的表达方式。法院合同判决广泛使用的套语——“当事人意思表示真实、自由，不违反法律、行政法规的强制性规定”——可窥见一斑。这就提醒我

们，在介绍域外理论时要注意术语的转化，表达方式应尽量柔和，避免翻译文风，以行而更远。

五　简单的结论

部门法学研究最核心的目的是形成通说，即在理论和判例中经由教义学论证得出的多数意见。通说的权威性不仅来自于学说和判例中的多数支持，更多源于论证说服力，能够接受众人的检验。“通说应该建立于法律教义学基础上，才能符合一致性和可检验。真正地发挥保障裁判稳定、提供研究指引、减轻论证负担等功能。”[34] 若没有通说，学界“甲说乙说随便说”、司法界“甲判乙判随便判”的乱象难免。[35] 但《合同法》颁行迄今10余年后，我国合同法学目前也远未形成共识。这应该是合同法学研究最大的缺陷。这或可归结于国内学者淡薄的共同体意识。

在学术研究中，学术共同体的基础是共同的学术资源（即既有的法教义学），它是无数学者积淀下来的财富，也是对研究者学术研究自由的约束。这种约束是一种学术纪律，如要求研究者必须使用学科固有的术语与论证方式；任何创新都必须以它为基础，不能脱离学术传统或理论脉络。但合同法学研究与其他学科一样，也存在抛弃了固有学术传统和资源的“自说自话”状况。[36] 其典型表现之一依然是语词之争泛滥，或者说形式之争远远超过了实质之争。有学者将法教义学上的争论，分为“适用之争”、“体系之争”和“语词之争”三种争论样式。体系之争是将具体规则归结到体系中的何种概念的争论；适用之争是具体规则应如何解释适用的争论；语词之争则为用词之争。语词之争不仅造成了自说自话局面的形成和延续，而且还阻碍了通说的形成。在造成学术虚假繁荣的同时，也造成了法学学术和司法实践的分离。[37] 此外，真正有质量的学术批评，历来为国内法学界忌讳。然而，学术论辩必须认真地归纳对方的学术观点，推断对方可能的学术理路、观念背景，然后条分缕析地摆事实、讲道理。它应该是双赢的，既有助于读者理解论战对手的观点，也有助于理解自己的观点。[38]

在一定程度上，通说的形成也与立法机制有关。多年来学界不断呼吁立法机关制作、保存和公开立法理由书、立法议事记录等原始立法资料，但迄今未见有效回应。对“一些立法过程和理由的探究，仅能依靠参与立法人士的面传口授；参与立法人士的认识或有不同，公说公有理，婆说婆有理的现象也就在所难免”[39] 。

---

[1] 参见高圣平《立法论视野下的中国民法学：兴起与繁荣——以改革开放三十年民法学之发展为中心》，《法学杂志》2009年第1期。

[2] 参见柳经纬《改革开放以来民法学的理论转型百年中国民法学之考察之二》，《中国政法大学学报》2010年第3期。

[3] 参见韩世远《民法的解释论与立法论（代二版前言）》，《合同法总论》（第3版），法律出版社2011年版，第1页。

[4] 参见王轶《对中国民法学学术路向的初步思考——过分侧重制度性研究的缺陷及其克服》，《法制与社会发展》2006年第1期。

[5] 参见金可可《民法实证研究方法与民法教义学》，《法学研究》2012年第1期。

[6] 参见《中外法学》编辑部《中国行政法学发展评价（2010—2011）》，《中外法学》2013年第4期；民事诉讼法学研究也如此，参见《中外法学》编辑部《中国民事诉讼法学发展评价（2010—2011）》，《中外法学》2013年第3期。

[7] 梁慧星教授曾推荐过此书。参见《检察日报·法学院》2008年9月5日第13版。

[8] 参见曹明《2009年法学研究的一些形式特点——基于三大期刊法学论文统计的分析》，《法律文献信息与研究》2010年第2期。

[9] 参见陈金钊《法律人思维中的规范隐退》，《中国法学》2012年第1期。

[10] 陈甦：《体系前研究到体系后研究的范式转型》，《法学研究》2011年第5期。

[11] 参见高圣平《立法论视野下的中国民法学：兴起与繁荣——以改革开放三十年民法学之发展为中心》，《法学杂志》2009年第1期。

[12] 常鹏翱：《〈法学研究〉三十年——民法学》，《法学研究》2008年第3期。

[13] 参见柳经纬《民法草案审议十周年祭》，《中国政法大学学报》2013年第1期。

[14] 参见韩世远《中国民法随想录》，《清华法治论衡》第6辑。

[15] 参见韩世远《亚洲合同法原则——合同法的“亚洲声音”》，《清华法学》2013年第3期。

[16] 梁慧星：《中国民法学的历史回顾与展望》，《望江法学》第1期，法律出版社2007年版。

[17] 参见王轶《对中国民法学学术路向的初步思考——过分侧重制度性研究的缺陷及其克服》，《法制与社会发展》2006年第1期。

[18] 苏力：《法律人思维》，《北大法律评论》第14卷第2辑。

[19] 参见常鹏翱《〈法学研究〉三十年：民法学》，《法学研究》2008年第3期。

[20] 陈自强：《违约责任研究的方法论》，http://www.civillaw.com.cn/article/default.asp？id＝56547。

[21] 王利明、周友军：《民法典创制中的中国民法学》，《中国法学》2008年第1

期。

[22] 韩世远：《中国民法随想录》，《清华法治论衡》第6辑。

[23] ［德］迪特尔·梅迪库斯：《德国民法总论》，邵建东等译，法律出版社2003年版，第352页。

[24] 参见陈甦《体系前研究到体系后研究的范式转型》，《法学研究》2011年第5期。

[25] 陈自强：《违约责任研究的方法论》，http://www.civillaw.com.cn/article/default.asp？ id＝ 56547。

[26] 薛军：《实证研究与民法方法论的发展》，《法学研究》2012年第1期。

[27] 参见王利明、周友军《民法典创制中的中国民法学》，《中国法学》2008年第1期。

[28] 参见王轶《对中国民法学学术路向的初步思考——过分侧重制度性研究的缺陷及其克服》，《法制与社会发展》2006年第1期。

[29] 参见成凡《从竞争看引证——对当代中国法学论文引证外部学科知识的调查分析》，《中国社会科学》2005年第2期。

[30] 《中外法学》编辑部：《中国民法学科发展评价（2010—2011）》，《中外法学》2003年第1期。

[31] 屈茂辉：《民法实证研究中的计量方法》，《法学研究》2012年第1期。

[32] 参见凌斌《中国主流法学引证的统计分析——以CSSCI为数据基础的一个探索性研究》，《中国社会科学》2004年第3期。

[33] 《中外法学》编辑部：《中国民法学科发展评价（2010—2011）》，《中外法学》2003年第1期。

[34] 庄加园：《教义学视角下私法领域的德国通说》，《北大法律评论》第12卷第2辑。

[35] 参见黄卉《论法学通说（又名法条主义者宣言）》，《北大法律评论》第12卷第2辑。

[36] 参见邓正来《学术自主性与中国法学研究》，《社会科学战线》2007年第4期。

[37] 参见孙维飞《通说与语词之争——以有关公平责任的争论为个案》，《北大法律评论》第12卷第2辑。

[38] 参见《中外法学》编辑部《中国民法学科发展评价（2010—2011）》，《中外法学》2003年第1期。

[39] 韩世远：《中国民法随想录》，《清华法治论衡》第6辑。

第二章　合同法基础理论

第一节　合同法的价值体系

一　契约自由

契约自由与私法自治历来是我国民法学者相当关注的宏观主题。在《合同法》颁行之前，契约自由即已得到了深入讨论，更普遍的私法自治也为学界高度重视。[1] 这种学术关切，既与各国民法发展的共同趋势——私域中的当事人自由受限有关，也与中国语境中私人自由的处遇有关。

（一）契约自由的内容及其地位

1.契约自由的内容

契约自由的内容包括缔约的自由、选择相对人的自由、决定合同内容的自由、变更或解除合同的自由和选择合同形式的自由。[2] 还有学者将其扩展到包括选择违约救济方式与裁判方式的自由。[3]

在法哲学上，有学者认为，契约自由的内在规定性体现为个人本位。其内在理路表现为：契约关系约束下双方当事人如何由个体自由演进至整体自由、由绝对不受强制到自觉承担责任。其三大本质体现为“缔约不受强制”、“约定应当遵守”和“违约应负责任”。它们构建了契约法制度的正当性。正是因为契约自由，违约责任不再仅为国家强加的意志或命令，而是契约的本性使然，它作为法律责任的正当性也就得到了内在的而不是外在的说明。[4]

2.契约自由是否为一种权利

国外有观点认为，契约自由是一项基本权利。对此，国内有学者持反对意见。认为按照分析法学的私权逻辑理论，契约自由并非权利，而是派生权利的契约关系的元形式，体现的是民事主体之间“无权利—无义务”的关系状态，其实质是没有法律限制。把契约自由混同于“契约自由权”（有权自由为或不为特定行为），要么无意义，要么很危险。因为当赋予某人一个特定的“契约权利”时，相应地也给相对方设定了一个特定的“契约义务”，而这一“契约义务”是由立法者或法院强加的，并非该“义务人”基于自由意志为自己设定的。[5]

3.契约自由的地位

全面的契约自由观念是近代的发明，它对国家、市场、个人都有深刻的影响，也是合同法赖以建构的基石。因此，有学者赋予契约自由极高的地位，认为契约神圣与契约相对性都是其衍生品。[6] 申言之，在法律上，契约自由的价值在于：有利于当事人形成权利义务的预期，维护交易关系的稳定性；也有利于契约争议的迅速解决，节约交易成本。[7]

（二）契约自由的历史变迁

1.契约自由兴起的背景

契约自由原则兴起于19世纪。学界对其兴起的社会历史背景，作了宏观勾勒。如认为它产生的基础是：工业革命后的市场经济体制、代议制民主政体与人文主义的哲学思想、自由主义的经济理论和古典自然法学说的产生和发展。契约自由的兴起，使人们摆脱了身份的限制，发展了人文主义的伦理观，促进了经济的迅速发展。[8] 或强调社会契约论和自由经济在契约自由形成中的重要作用，认为它们都将当事人作为理性个体，享有完全的自主权和自由决定权；私法主体平等，权利义务自由设定，不受公法干涉。只有在这些制度与观念下，契约自由才能实现，也才能作为一项基本原则上升到法律高度。[9]

契约自由也是英美古典契约法理论的核心理念。有学者认为，契约自由强调的是合同基于合意和自由选择产生。其哲学倾向是契约法的客观性与标准化，前者是指契约法对实证科学的模仿；后者强调合同法适用抽象原则，而不关注当事人的意图或特定的交易情景。它的理想“人像”是抽象平等的理性人。[10]

2.契约自由的衰落

限制合同自由是20世纪合同法发展的一个重要趋向。[11] 有学者将其原因归结为四个方面：主体抽象平等的非现实性；契约自由客观条件的丧失，如充分信息假设不成立、没有足够的相对人可选择等；从个人本位到团体本位观念的变化；法律对交易结果的积极干预。[12]

对合同自由的限制，学界的概括不同。如表述为：一是大陆法系各国法官对干预合同自由有极大的自由裁量权；二是对合同缔结的限制；三是禁止当事人排除其适用的公法强行法；四是法律指定或专门设立具有准司法性质的行政机关，对合同进行监管。[13] 或认为，契约自由衰落显著表现在：其一，立法限制与干预，如劳动法、消费者保护法等；其二，司法限制与干预，如诚实信用、情势变更与合同客观解释原则等。[14]

合同法的社会化是现代合同法的重要发展趋势，亦有学者将合同的社会化趋势作为契约自由的限制，认为受法律现实主义思潮影响，合同法有两个较为重要的变化：一是关注社会经济生活需要，引入当事人未约定的“社会标准”、显失公平、诚实信用及信赖理论等，它们都是个别化规则，其适用情形完全取决于个案。二是强调商业习惯与交易惯例对契约的重要作用。[15] 但亦有学者强调，契约自由的限制不是基于公共政策的限制，因为公共政策本是自由的前提。契约自由的限制包括三方面：强制缔约的实行、格式条款的出现与照顾义务的确立。[16]

晚近以来，学界对契约自由的关注也拓展到消费者合同领域，尤其是消费者的撤回权。它是现代消费者权益保护的重要内容。学界多认为，它是“现代民法因应现代市场发展以及弱者保护思潮所构造的新制度，与传统民法的固有原则与体系存在价值理念上的冲突”[17] 。反对意见者指出，其正当性基础并非“消费者是弱者”或者“保护消费者”，而在于对其在意思形成阶段的意思不自由进行纠正。意思形成不自由包括精神上弱势造成的意思不自由和信息上弱势造成的意思不自由两种情况。消费者意思不自由不能通过错误、欺诈等制度予以解决，且不适宜通过事后救济方式予以解决，而应采取事先预防的方法予以解决。通过给定撤回权期间，使消费者真正考虑并形成真实意思。作为撤回权人的消费者，并不需给出或证明撤回理由。[18] 这里的“自由”明显是德国古典哲学中的自由，即意志不受包括情感在内的任何因素干扰的自由。[19]

尽管契约自由已受如此深刻、广泛的冲击，学界通说还是认为，契约自由依然是合同法的基本原则。如指出，契约自由在私法领域内对主体权利义务的支配并未发生根本性变化，作为契约法的一般原则依然如故，受到法律规制的所谓“契约自由”本身已不是真正意义上的契约自由。[20] 或认为，契约自由的限制并非“契约的衰落或死亡”，相反是契约法理论在新历史时期的丰富与发展。国家干预只是手段而不是目的，相反，其目的恰恰在于避免弱者屈从于强者的意志，保障市场主体实质意义上的契约自由。[21]

（三）契约自由对中国的意义

1949年到1978年，我国社会的特征可概括为“总体性社会”，即国家权力弥漫社会诸领域及角落，垄断了一切资源，这种社会构成导致契约自由在中国长期沉默。故有学者认为，在今天的中国讨论契约自由仍有很重要的现实意义，“这不仅是因为40年来我们一切以国家为本位的公法精神渗透了整个法学领域，而且也因为中国4000年来有明文记载的历史中始终是以刑法为本，根本不存在什么私法精神”[22]

。合同法确立的契约自由原则“对我国这个长期实行计划经济并有深厚底蕴的传统文化背景从而极端缺乏经济自由、政治民主的国度，将有极其深远的意义”[23] 。

对中国与国外契约自由的差异，有学者认为，西方国家契约自由受到很大限制甚或“衰落”，是因为契约自由的滥用；我国1949年后，这种权利的滥用却极少发生，因为我们从来就没有过这种权利。在计划经济体制下，经济生活在很大程度上已经社会化了，它几乎没有给个人留下为自己的生活关系负责任的空间，合同是国家管理的工具，是计划经济的操纵手段。从计划经济时代到市场经济时代，中国均未存在过古典契约理论所假定的完备自由市场，我们所享有的“以自己的意志支配自己权利义务”的契约自由“也是十分沉重的”。[24]

国内学界对契约自由研究的特色之一，是将其拓展为鼓励交易。契约自由隐含了契约本身是当事人自由意志的产物，这不仅意味着合同具有相对性，与其他人的自由意志无关，也意味着法律除非基于公益，不能干预交易而应鼓励交易。在《合同法》制定之前，即有学者呼吁将鼓励交易作为合同法的基本目的，主张合同法应在如下方面体现鼓励交易精神：①严格限制无效合同的范围。②明确可撤销合同的性质和范围，当事人仅提出变更合同而未提出撤销合同的，法院不能撤销合同；当事人主张撤销合同，但变更合同的条款足以保护受害方利益，且不违反法律和社会公共利益的，应变更合同的条款。③严格区分合同成立和合同生效，合同主要条款有遗漏或不明确，当事人愿意接受合同关系的拘束，应适用合同补充制度。④合同订立制度应充分体现鼓励交易的精神。⑤应将形式要件作为证明合同存在的标准，而不是合同的成立要件。⑥明确规定合同的解释制度，在合同既可以被解释为有效，也可以被解释为无效时，应尽量解释为有效。⑦应严格限制违约解除的条件。[25] 这些立法建议均为《合同法》所采纳。[26]

二　契约正义

契约正义是合同法固有的价值，自罗马法以来的合同法，尤其是中世纪饱受神学浸淫的合同法，基本都认为合同应受正义理念检视。20世纪以来合同法最大的变化之一，就是强调合同的实质正义。

（一）契约正义的界定

学界对契约正义的界定有所不同，其核心差异在于：它是形式正义（过程正义）还是实质正义（结果正义）。

形式正义论认为，合同正义为交换正义，指对任何人都同样看待，双方的所得与所失对等。它是以当事人真实意思表示为基础的公正，一般不涉及实质公正。契约正义表现为三方面：一是给付与对待给付之间具有等值性；二是合同风险的合理分配；三是合理分配其他类型的合同负担，如附随义务的平均分配等。这种正义观既采以形式主义标准，对交易“等值性”的判断必然采主观说，即依当事人的主观意愿判断，而不采用市场标准或理性人标准。只要当事人意思表示真实，依据契约自由原则，即使无给付或者对待给付客观并非等值，合同也有效。[27] 或认为，合同正义体现为两方面：一是缔约程序的形式合理性，包括缔约人的意思表示应真实、自由；合同不能违反禁止性规范与公序良俗原则；格式合同提供者的提示义务与说明义务。二是合同内容在价值上大体相当。其判断标准为主观价值，但即使在契约自由的鼎盛时期，法定照顾义务、瑕疵担保责任、情势变更等也体现了客观价值。[28]

实质正义论则主张，契约正义的目的是使合同双方的权利义务均衡，改变交易当事人缔约能力实际上的不平等。用罗尔斯的话说，就是改善社会中“得利最少者”的处境，以缩小他们与强势者的差距，达到保护弱者、维护社会公正的目的。[29] 换句话说，这种正义是当事人之间的“情景正义”，而非抽象正义。既然如此，契约正义就体现为对劳动者与消费者的保护，其目的是保护弱势方，矫正信息不对称导致的市场痼疾，更合理地组织社会经济，尽可能实现实质平等。[30]

也有学者兼采两种标准，认为合同正义体现在五个方面：保障缔约当事人的平等；保障当事人的自主自愿；维护等价有偿原则；维护公序良俗、保障正常的交易和生活秩序；维护公平原则。[31]

（二）契约正义与契约自由

1.契约正义与契约自由的关系

对契约正义的不同界定，决定了它与契约自由的关系。正如有学者指出，在古典契约理论中，契约自由即为契约正义，交易双方根据自己的意愿自由地订立契约进行交易，这本身便是一种契约正义的体现，可谓“契约即公正”[32]。将契约正义理解为形式正义的观点，其实是对契约正义的古典理解。还有学者从现代自由主义观念出发，认为契约正义主要是指缔约人依据私法规则决定采取的契约行为，或者说“当事人依私法自由订立的契约就是契约正义自身”。在自由主义视域中，自由是正义的核心价值，正义是对人的意志的评价，不能从行为结果衡量。因此，无论缔约人追求的具体目的如何，缔约人意志的自由状态才是评价契约正义的基本标准。[33]

将契约正义理解为实质正义的观点，则多将契约正义理解为与契约自由相对的价值，或者明确将其视为对契约自由的限制。有学者更强调合同自由与合同正义应“互相补充，彼此协力”[34]。或认为两者根本不矛盾，因为“对契约自由的必要的限制，并不是契约自由原则的衰落，而是对契约自由原则真实意义的恢复和匡正”。契约正义实际上是对已偏离自身轨迹的契约自由的规制，两者的方向和手段不同，但目的一致，是为了实现真正的契约自由。这是深层的经济生活发生变化的结果。要妥善处理两者的关系，一方面应承认私法自治和契约自由，另一方面要防止权利的滥用造成事实上的不公正，承认公法干预的合理性。[35]

2.中国契约正义与契约自由的侧重

中国社会独特的国家—社会与国家—市场的关系，决定了中国的契约自由与契约正义两种价值配置的复杂性。学界对两者的侧重不同。

一是偏重契约自由。如认为，中国契约法面临着两个难题：一方面，中国作为世界市场的一部分，理应追随契约法变化的新潮流，往契约法注入社会正义的理念；另一方面，长期的计划经济实践，使中国社会缺乏民法经验和传统，倡导私法自治、契约自由的民法理念显得尤为重要。“契约正义在中国并不缺乏观念基础，而恰恰是契约自由在中国需要被唤醒。”[36] 或认为，规制契约自由的最重要的司法手段是适用诚实信用原则，它标志着合同法从形式正义向实质正义的转化，是实现契约正义的手段。但是，诚实信用对契约自由的干涉，应严格控制在实现契约正义的限度内。[37]

二是偏重契约正义。如认为，基于合同法从形式正义发展到实质正义的变迁，合同效力控制应予加强。为此，建立民事检察制度是一个十分关键的步骤，合同备案制度和信息披露制度也不可或缺。[38]

三　信赖保护

（一）信赖保护的正当性及其地位

1.信赖保护的界定及其正当性

信赖保护是晚近学者着力倡导的观念[39]，学界对此使用的术语不尽相同，或称为信赖责任、信赖规则。本书认为，其为现代合同法强调的一种价值，故称“信赖保护”。

信赖保护的主要理论资源来自于德国。有学者指出，信赖保护

是“在交易中，一方对来自另一方的意思外观或重要事实的真诚相信，应受到保护”。它与诚信原则的差别在于，诚信原则中的“信”是信用，而并非当事人的信赖。在法律适用上，诚信原则产生的义务不确定，具有强力的道德色彩，其目的在于克服个人主义的权利观念；信赖保护的目的则在于保护对重要交易事实的信赖，信赖是否合理，取决于客观情景判断，而非道德判断。[40] 极而言之，诚信原则是道德手段调整，信赖保护则是法技术手段调整。

通说认为，缔约过失责任以基于诚实信用原则产生的先合同义务为前提，保护的也是缔约人的信赖，与信赖责任不同。如认为两者的核心差异在于：信赖责任的核心是改变正统法对法律行为效力的认定，对依正统法认定为不成立、无效的法律行为赋予法律效力，受害人可请求赔偿期待利益；缔约过失责任则保持正统法对法律行为效力的认定，仅令加害人承担信赖利益的损害赔偿责任。[41] 或将两者的区别细化为：①思维重心不同。信赖责任首先考虑的问题是缔约一方是否存在受损的信赖；缔约上过失的重心在于过失，因对过失采取了客观主义的判断标准，由过失衍生出先合同义务，缔约方违背这些义务则意味着责任的承担。②归责原则不同。信赖责任带有强烈的客观归责色彩；缔约过失责任的归责原则是致害人的过失。故在注重信赖保护的现代社会，我国现行法却选择了尊重表意人的自由、全然不顾相对人信赖保护的立法模式，存在明显缺陷，应采纳德国立法例，单独规定意思表示错误之撤销所引起的赔偿责任。[42]

多数学者的共识是，信赖保护是为克服自由意志理论对受害人保护的局限而出现的。如指出，传统契约理论认为合同是当事人意志的结果，是当事人自己制定的调整其相互关系的“法律”，若违反，则承担违约责任；合同不成立，则“法律”不存在，则无因违“法”而生的契约责任。使契约责任扩展至“法律”外，已成为当代法的发展趋势，信赖则是该趋势形成的价值源泉。信赖保护在四个方面扩张了传统民事责任：其一，将契约责任扩张至侵权责任；其二，将合同内责任扩展至合同外责任；其三，将非合同责任扩充为合同责任；其四，将传统的对价中心理论下的非合同责任扩充为合同责任。[43] 反对意见则认为，基于自由意志理论的合同责任本身就满足了保护信赖的要求，因为违约责任足以保障相对人的预期与信赖不因违约受损。允诺可以被信赖的根源，不是因为它将是被遵守的，而是因为违反它的不利后果。故，在合同有效成立时，自由意志理论与信赖保护之间并行不悖。但是，当合同不成立或最终无效时，这种一致性就不再存在。此时，对信赖的保护就不能依据“自由意志”理论，于是产生了信赖责任论。[44]

2.信赖保护的地位

研究信赖保护的学者大多极其重视信赖保护在现代合同法中的地位。如将信赖利益损害责任作为与缔约过失责任、违约责任与侵权责任并列的独立民事责任形态。这种责任是行为人违背该信赖而导致法律行为不成立或被撤销时，应承担的法定责任。其核心理由，是信赖保护原则在刑法、行政法领域早已逐步确立，民法现有责任方式无法全部涵盖这一原则。[45]

但是，对于信赖保护是一项原则还是规则，学界看法不同。

（1）法律原则说

这种观点认为信赖保护是一项法律原则，甚至将其作为与契约自由比肩的合同法基本原则。如认为，仅依凭意思自治原则不足以构造私法规范，还需要信赖保护原则协力。后者旨在强调将交易相对人的合理信赖纳入私法规范，以维护民商事交往中的信赖投入并确保交易的可期待性。[46] 或认为，当代社会平等关系的多样性和复杂性，决定信赖保护成为日益重要的交往原则。以自主决定和自己责任为内容的私法自治理念塑造了传统民法的范式，信赖责任则基于信赖保护，是法律行为的效力根源。信赖保护将与私法自治一道，成为革新传统民法和塑造当代中国法治的范式。[47]

（2）法律规则说

该说主张，信赖保护并非法律原则，而是一项法律规则。其核心理由为：信赖规则具有严密的逻辑结构，有严格的适用条件和法律后果。法官适用信赖规则审理案件时，不存在创造性和能动性，也不享有自由裁量权。相反，因为它是法官审判案件的操作规范、操作章程而成为制约法官自由裁量权的手段。可见，它决不具有法律原则那样的法律漏洞补充的功能。[48]

（二）构成要件

现行法并没有明确规定信赖保护原则，更没有明确规定其一般要件。有学者将其构成要件分为两种情形：①发生期待利益保护效果的信赖保护。构成要件为：其一，有信赖事实，即激起或强化一方确信的客观情况；其二，有信赖行为，即基于信赖从事了一定的行为或作出投入；其三，信赖行为为善意；其四，信赖事实有时须归因于一方当事人。②发生信赖利益保护效果的信赖保护。其构成要件为：其一，表意人向相对人作出了确定的意思表示；其二，相对人对该表示产生了合理信赖；其三，信赖是表意人诱致的结果。[49]

在信赖保护构成要件中，最疑难的问题是权利人承担不利后果的

归责原则。对此，学界观点不一致。如有观点认为，信赖保护原则上应以对实体权利人归责可能性为基础，这不仅契合正义理念，而且权利人也更容易理解并心甘情愿地接受后果。作为信赖保护的归责原理的与因主义、过失主义、危险主义，虽然强调的归责内容不尽相同，但实质差别并不明显。信赖保护的成立，原则上只要求实体权利人存在“危险支配”（归责）事实，不要求其主观过失或意思（与因），故过失和意思不再具有归责意义。[50] 或认为责任承担者须存在主观过错，但不必要求受害人完全善意。[51]

在具体制度研究中，学者见解也不相同。兹以错误的信赖赔偿责任为例。有学者指出它不以过失而以信赖为归责原则，具有独立的构成要件和适用范围，是一种独立的责任形态。它可发生在合同成立与履行过程中，只要相对人因合同被撤销遭受信赖损害即可。错误信赖的表意人对错误发生并没有过失，故错误信赖赔偿责任实质是合理分配合同因错误而被撤销的损害，不存在惩罚性。赔偿范围限于消极利益与信赖利益，其救济方法依“要不是”的思维方式得出因果关系，对相对人予以补偿。[52] 此外，对表见代理的分析，学界观点差异也相当大。请参见本书“表见代理”部分。

（三）适用类型

学界信赖保护研究的理论来源，主要是允诺禁反悔理论、权利外观理论、富勒的信赖理论和缔约过失理论。但对比较法上信赖保护制度的类型，学界见解不同。如认为信赖规则在英美法上称为允诺禁反言规则，在德国法上称以权利外观原理为基础的信赖责任。[53] 反对意见则指出，上述制度（理论）在历史沿革、内涵及在特定法域中的体系定位有联系，但在基本构造、社会意义及彼此之间的关系上存有重大差异。[54]

对信赖保护的类型，学界总结也不一致。如依据《合同法》将其总结为六种情形：被信赖的要约不可撤销；信赖可补正法定形式要件的瑕疵；合同未成立时的缔约过失责任；表见代理；无权代理人对善意相对人的责任；实际履行请求权的放弃。依法律效果的不同，这些行为可分为两种：发生期待利益与信赖利益保护效果的信赖保护。[55] 或认为分为两类：信赖有效与信赖赔偿。前者指交易行为本应无效，但相对人因信赖表意人的意思表示或权利外观所为的行为却有效，典型制度为表见代理和允诺禁反悔。后者指当事人基于信赖从事的行为，因该行为不成立或无效而造成的损害可获赔偿。典型制度为缔约过失责任和因错误而撤销的赔偿责任。[56]

四　评论

合同法的价值体系中，学界研究最多的是契约自由与契约正义，它们作为基本合同法中的一对冲突价值，都被学者肯定。公允地看，目前讨论的水平还没有超过吉尔莫与内田贵之间的隔空对话。[57] 而信赖保护的理念与制度研究都大有后来居上之势。需进一步澄清与讨论的问题可能还有如下几个：

1.契约自由中的“自由”

合同与合同法是交易观念与商业文明的产物。若对合同做一个简单的思想实验，似乎可以认为，只有在一方无法通过武力获得对方的资源时，合同才可能产生。可见，合同的功能之一是夷平当事人实际上可能存在的不平等，排除暴力与掠夺，禁止“强买强卖”等野蛮交易。契约自由意义上的自由可作三种理解。

其一，是指当事人的意思（“意”）不受外力影响时的理性选择，与干预和强迫相对，包括基于自己的意志选择是否订立合同等。这是通常理解的契约“自由”含义。若从这种意义上解释契约自由，消费买卖合同或消费信贷合同都合乎契约自由的要求，毕竟它们都是当事人自由的产物。

其二，是指当事人的情绪（“情”）不受外力影响，即主体的偏好、爱憎不受他人的影响，如广告的煽动、销售人员口吐莲花的说辞等。这比理性选择意义上的自由要求更严。若从这种意义上解释契约自由，消费买卖合同或消费者信贷合同往往背离了契约自由。

其三，自由是正义的一种。将自由界定为一种正义在逻辑上是成立的，因为正义也当然要求个体自由。若这样界定，其他价值如效率、平等，也都可纳入正义范畴，这虽然消除了契约自由与契约正义的对立，对研究的实益却不大。契约正义宜界定为追求当事人的实质自由与平等。它是国家的社会政策之一，其最初目的是解决工业化和城市化造成的社会问题。具体到合同法中，契约正义出现的目的是为了克服其只考虑交易的抽象化、普适化特征而不考虑当事人角色的弱点。

2.契约自由是否为一种宪法权利

契约自由中的一个重要问题是：它是否为一种宪法权利？契约自由是宪法与民法关系中的核心问题。德国法学界较早就有很多文献将契约自由作为基本权利。[58] 英美合同法的历史则更能说明契约权利与宪法权利的关联。直到18世纪，合同还被视为财产所有权转移的一

种手段，布莱克斯通的皇皇巨著《英国法释义》留给合同的篇幅相当少。[59] 若将合同法视为财产法的附属法，合同就是财产权流转的方式，属于所有权的处分或流转权能。既然所有权为基本权利，契约自由（财产流转自由）无疑也是基本权利。

近年来，国内学者亦意识到这一问题，讨论了国家对契约自由的保护义务。[60] 契约自由是一种典型的消极权利，它可以有效区隔政府与市场的界限，并产生政府对市场所履行的职责。[61] 这可以从两方面解释：一是人格角度，契约自由是自由和尊严的一部分，它是“尊重每个人成为人”这一最高道德律令的体现；二是财产角度，即将其理解为系财产权的流转权能之一。

在中国，需要重点解决的问题是私人领域的合同歧视之效力。2002年“蒋韬身高歧视案”首次提出反歧视法律问题后，2003年“张先著乙肝歧视案”将其发扬光大，此后各种歧视案件如雨后春笋，如身高、长相、乙肝、性别、地域、社会出身（户籍）、残疾、艾滋病等歧视案。对这类案件，法院目前的态度是从克制转向适度干预。[62] 值得思考的是，私人公司存在就业歧视或交易歧视行为时，法律否定性评价的依据何在？若认定其侵害了被歧视者的契约自由，那么这些公司的契约自由又如何保护？在我国，仅仅以基本权利体现的是宪法确定的客观价值与最高价值为由，进而简单套用宪法对第三人的效力来解决这些问题，显然无济于事。

3.契约自由与合同类型

《合同法》既然奉行契约自由原则，且基本采取了“合同构成”模式，与“债权构成”相比，当事人的意志和合同约定本身更具法律上的重要性，那么，规定有名合同的意义何在？可以设想的理由如下：其一，国家有正当理由要干预某类合同。但这种干预置于公法中也并无不妥，甚至更加妥当。当然，若民法典统合了消费者保护法等特别法，将是别样情景。其二，济当事人没有约定或约定不明之穷。[63] 立法者从斯密意义上的中立旁观者的角度，观察与总结当事人之间典型交易的过程与利益状态，规定当事人的权利义务关系。因此，在合同为无名合同时，法院的司法裁量权更大。如依据《德国民法典》第307条第2项第2款，有疑义的一般交易条款，若系有名合同的，只要“违背了法律的基本思想”，即可认定不生效；若系无名合同的，则只能在限制了“基于合同性质而应存在的重要权利和义务，致使合同目的有可能不能实现的”情形，才无效。但法律对有名合同所作的补充规定（缺省规定）真正符合具体交易中当事人的真实意思么？其三，减少当事人的缔约成本。这主要体现在引导当事人设定其权利义务，确定其谈判重点上，而并非让当事人在合同中少约定几个条款。

但至少在商事交易中，这种意义不能扩大。

当然，《合同法》规定合同类型的意义值得肯定，只不过应规定哪些合同，确实值得思考。

4.信赖保护与契约自由

信赖保护本来就是合同法的题中之意。因为若一方不信赖对方的允诺，双方根本不可能达成合同。而且，现代社会的特殊情景，如城市化与工商化的生态、人与人之间的疏离与陌生，都对法律建构完整的信赖体制提出了更高要求。对处于这一阶段初期的中国而言，《合同法》强化信赖保护，的确可谓欣逢其时。然而，“甘蔗没有两头甜”，信赖保护若作为合同法的基本价值，与合同法的其他价值难免碰撞和冲突。

首当其冲的是信赖保护与私法自治的矛盾。尽管信赖保护的定位只是对“以私法自治为基础的责任”的强化或补充，但两者往往是替代关系而非补充关系。在宏观层面，诸多学者都充分意识到了这一点。在具体制度的设计中，也有学者对两者的冲突保持警醒，如认为在无权代理中，本人和相对人都应有防止责任风险的注意义务，以寻求信赖保护与私法自治的适度平衡。[64]

其次是信赖保护与私权神圣的矛盾。信赖保护的法律后果之一，是使权利人的所有权转化为债权（如善意取得中的所有权人），这不仅削弱了权利的效能，甚至还可能实质性地剥夺他人财产（在无权处分人逃逸或无力清偿债务的情形）。这样一来，信赖保护就不仅与私权神圣存在冲突，而且也背离了宪法将财产权作为基本权利的价值。换句话说，以保护私人的信赖，进而以保护客观的交易安全和交易秩序为由，强令他人作出牺牲的正当理由何在？[65] 对这一问题，迄今罕见有力的解释。

第二节　合同拘束力

一　意志论

合同为何在当事人之间产生法律拘束力？合同效力的正当性来源是什么？合同“为什么会有法律强制力，公权力为什么要在纯属私人领地的合同上套上自己的外衣？”[66] 这是“契约法理论和实践的根本性问题。它不仅关系到契约法体系的基本框架，而且关系到契约法的发展和前景”[67]。对这一问题主要有意志论等几种回答。

1.意志论的界定

迄今为止，合同效力的正当性来源最有力的解释依然是意志论。作为合同法基本原则的契约自由，本身就意味着自由意志是合同效力的最终来源。意志论最坚实的基础是康德关于自由与义务的形式伦理学，其法学基础则为格劳秀斯、普芬道夫等学者对自然法学说的推演。所以有学者认为，意思说的核心是将法律行为的效力归结为私法主体自由选择，约束是意思的当然结果，故法律行为是行为者自律的自己拘束行为。意思对法律行为的效力具有决定意义，欠缺内心效果意思的法律行为无效。法律行为不过是按照自己的意图变更私法关系的手段，是行为者自由行使权能的方式。[68]

2.意志论的地位

国内学界在讨论合同法的很多主题时，都会诉诸意志论（契约自由），将其作为不可轻易偏离的价值，用于强化结论或检视结论的正确性。如将其作为“整个传统民法理论体系的中枢，它不仅构成合同或法律行为的伦理正当性的基础，同时它也是主观权利理论、意思自治理论、所有权绝对理论、过错责任理论等其他民法基本制度的基石”。故，意志论的某一个方面被有根据地质疑或者其有效性受限定，就很有可能导致一个学术范式的终结。[69]

但是，在合同涉及第三人时，意志论的解释却可能捉襟见肘。有学者认为，在为第三人利益合同中，意志理论在历史上既用于证成第三人权利，也用于否定第三人权利。赋权型为第三人利益合同的“三人模式”确保了合同当事人的意志自由（或合同自由），但限制了受益第三人的意志自由。这种构造以第三人利益约定必定有利于第三人为前提，以受约人基于赠与原因授予第三人利益为基本规范类型。它适用于其他规范类型时，可能对第三人产生风险，因此第三人应享有拒绝权。可见，“三人模式”需要认真评估为第三人利益约定与第三人意志之间的关系，即使基于特定立法政策考虑而对后者加以限制，也必须为第三人提供充分保护。[70]

随着契约自由的受限，意志论也备受信赖论、法律规范等合同正当性新理论的冲击。但其作为合同拘束力核心来源的地位并没改变：只要契约自由存在，意志就是合同的效力渊源。有学者认为，意志论存在两个问题：一是不能解释意志何以使合同效力正当化；二是不能说明实证法缘何不承认某些基于意思自由成立的合同的效力，为何授权法官调整某些合同的效力。尽管如此，整体上至多只能宣告“意志决定论的穷困”，而非“意志决定论”的失效。[71]

二　原因论

1.原因论的界定及其源流

尽管意志论一统天下，但学界也并没有被唯意志论的契约自由或意思自治“冲昏了头脑，没有忘记契约的最终目的是为了利益的交换”[72]　。故学界也深入讨论了合同正当性的其他源泉，其中最重要的是原因论。[73]

原因论也是大陆法系解释合同效力正当性的悠久理论。它把道德意志附加于当事人的意志上，以在伦理上解释合同效力的正当性。它成形于中世纪，彼时法学家以亚里士多德和阿奎那的理论诠释罗马法，用慷慨和交换正义这两个“原因”解释合同效力的正当性：如果契约是基于一个正当原因缔结的，它就具有法律拘束力。有学者指出，原因论从罗马法的宗教神秘主义发展到道德神学的解释，并最终定型为以人为中心的德性伦理学解释。在现代契约理论面临唯意志论解释力不足时，中世纪的原因论再次凸显了其伦理魅力。[74]

有学者将意志论与原因论的核心差异概括为：意志论与价值无涉，主要关注当事人利益博弈的程序公平，认为当事人的意志本身就足以证成其效力的正当性；原因论关涉价值，不仅关注程序性公平，也对最终结果作实体评价，认为正当性是特定的社会文化的产物，当事人的意志也是文化的产物，故正当性的判断应超越个体性。合同效力的正当性就是合同正义问题。这种正义首先表现为一种伦理正义，然后转化为一种法律正义。总体上看，合同效力的正当性就是合同正义问题。[75]

2.原因论的地位

在纯粹意志论中，原因论似乎是多余的，而且与意志论还可能冲突，因为意志论只强调合同的效力源于合意，而非践行德性。对意志论从合同中驱逐“公正”的做法，学界也多有反思。如认为，合意的目的是为了利益交换，由此可以得出两个结论：其一，合同法应排除非财产性约定；其二，当事人的意志并非纯粹的意志，而是物化了的意志，即仅有合意是不够的，必须在合意上面加上物质性的因素，如约因或原因。[76]　也就是说，合同法的历史实践与现实表明，即便奉行最严格的意志论的合同法，也保留了原因论。还有学者指出，近现代及当代各种契约效力的正当性理论都没有阐明以下四个关键问题：为什么法律要区分不同的允诺并分别对待，交换允诺与赠与允诺有什么实质区别？赠与允诺有什么积极价值，为什么有些赠与允诺有强制力？如何维护交易公平，法院救济不公平交易中的受害人的依据是什

么？在双方对合同内容理解不同或契约内容约定不明时，法院如何确定当事人的义务？对上述问题，原因论的解释分别是：交换允诺与赠与允诺实现的德性不同；赠与允诺体现慷慨的美德，但慷慨是“对合适的人、以合适的量、在合适时间”的给予，所以只有部分赠与有强制力；在交换中，一方不能从对方的损失中受益，交易若不公平，法院理应干预；当事人的义务不能简单地取决于其内在意思或外在表示，而应依据交易目的来界定。[77] 但是，这些解释似乎并不周全。

3.意志论与原因论的协调

现代合同法如何兼济意志论与原因论，是合同法基础理论的一大难题。学界也提供了一些思路。如认为意志论抽空了合同理论的实质伦理内容，减弱了合同的价值强度，所以应以原因理论重构实质的契约伦理，使主观法（德性）成为客观法的真正基础。原因论并未忽视意志论的解释力，但更注重实质合同伦理的建设，增强了意志决定论的价值强度。[78] 或认为，交易安全的需要与形式主义的兴起，使原因论在表面上更加式微。我国忽视了契约的有因性，但原因论表达了正义的基本要求和生活的基本逻辑，恰恰可以解决意思自治和形式主义带来的弊端，如意思主义带来的实质不公正问题需要原因理论来解释；不问原因就使合同生效的形式主义滋生的弊端同样需要原因论救济。[79]

三　关系契约论

国内学界对关系契约理论的关注，始于麦克尼尔的名著《新社会契约论》之译介。民法学界对关系契约理论的关注，则始于内田贵对吉尔莫的“契约之死”的回应，即“契约的再生”。内田贵对契约之死开出的药方之一就是关系契约理论，因其与日本独特的法文化可有机结合。他寄厚望于关系契约理论的突破性发展，以拯救古典契约，重塑其合法性，但他只是以日本契约法领域中的保证、转包、委任的解除为例，简单阐述了关系契约理论对法解释学的意义。[80] 我国合同法学界对关系契约的深入讨论甚少。

关系契约理论的核心是将合同的中心从合意转化为当事人之间的社会关系。它是对美国合同实践的总结，这些实践材料推翻了古典契约理论的若干假设。国内民法学界多将其视为法社会学理论，认为它即使能在现代契约法上找到关系契约理论发挥作用的领域，“要想成为一种对交换关系全面说明的正当化体系理论而替代历来的契约理论，并成为实定法的法源，羽毛却尚未丰满”[81] 。

但也有学者对关系契约理论的发展持乐观态度，认为以关系契约理论为代表的契约法社会化理论可以回应现代社会的需求，合同法有必要依据关系契约作出调整。如：①为长期关系性合同提供适用范式。②为一般合同法与特殊合同法提供平衡范式，后者如集体谈判协议、雇佣合同、家庭经济关系、公司合同、养老金协议、区分所有权协议、建筑工程合同、电脑租赁合同、租佃合同、特许经营权协议及消费者合同等具体合同类型。此外，应对合同作两种区分：一是商事合同与消费合同（非商事合同的典型），因为两者在主体理性程度、交易假设、过错责任、格式条款解释适用、合同效力的稳定性、违约金调整、惩罚性赔偿责任等方面都有重大差别；二是区分动产交易合同与不动产交易合同，因为两者在所有权变动方式、违约责任的承担方式等方面，都有很大不同。③为合同的司法裁判提供语境主义的方法论范式。[82]

四　合同拘束力的债权构成与合同构成

合同拘束力不仅是哲学—伦理学（意志论）、社会学（关系契约论）等理论关注的焦点，而且也是合同法立法的技术出发点。意志论、原因论与关系契约论等合同正当性理论是合同的外在视角，合同拘束力理论则是合同的内在视角。

晚近以来，日本合同拘束力的新理论被引入国内。按照这种理论，合同拘束力有债权构成论与合同构成两种理论模式。前者是将合同作为债权发生根据之一，后者则将合同从债权中脱离出来，作为独立的法律系统。详言之，合同构成将合同债权的拘束力不再作为抽象的债权处理，而是作为合同问题看待，合同是双方对未来履行障碍风险的分配。它尤其重视合同内容的确定，因合意是合同债权拘束力的关键。在合同拘束力问题上，无论是立法论还是解释论，都只能在两种构成中选择其一，不可能折中。《合同法》总体上选择了合同构成，但杂糅了诸多债权构成的成分，不仅造成了严重的体系矛盾，而且导致了某些法律效果偏差。这需要通过用纯粹的合同构成，对现行合同拘束力理论进行重构。债权构成与合同构成的差异体现在诸多方面。兹略述其要。[83]

1.违约责任的归责事由

债权构成强调违约责任的“可归责性”。但合同构成中，损害赔偿的基础不是过失，而是违约方通过合同承接了债务，不履行债务本身就可归责，损害赔偿是合同债务所产生的效果。因此，合同构成中的违约责任为无过错责任。《合同法》第107条确立了无过错主义，但

又保留了过错责任，如供电人责任（第179—181条），承租人的保管责任（第222条），承揽人责任（第262、265条），建设工程合同中的承包人责任（第280—281条），寄存人未履行告知义务的责任（第370条）及保管人责任（第371条）等。

反对违约严格责任的学者主张，过错主义不会被无过错主义完全取代，分配风险的理念没有全面占据道德伦理统治的领域，以区分善恶来确定违约责任的有无，仍然具有合理性和正当性。[84] 合同构成的反对意见是，《合同法》分则中的过错责任的基础并非都是道德伦理，也并非无须证明的常理。此外，国内学者引入了法国法上的结果债务—手段债务，进而主张违反手段债务承担过错责任，违反结果债务与担保性义务则承担无过错责任。合同构成认为，这种区分在证明责任上难以自圆其说：在手段债务中，手段本身就是合同的内容，债权人若能证明债务人未采取合理措施的，也就证明了债务人未依债务本旨给付，故债务不履行与过错两者的证明对象完全重合。

2.损害赔偿的范围

对违约损害赔偿范围的确定，债权构成采取与侵权法相同的“完全赔偿＋相当因果关系”模式。“完全赔偿”不考虑加害人是否预见，加害人责任过重，不利于保护行动自由。为限制加害人责任，就只能引入相当因果关系理论。合同构成认为合同是双方当事人分配给付风险的工具，故应以可预见性为标准确定违约损害赔偿的范围，而且预见的主体是双方当事人，而不仅是债务人。

3.履行请求权的定位

依债权构成，债权是对特定行为的请求权，故履行请求权天然地拥有优越地位，只有因可归责于债务人的原因给付不能时，履行请求权才能转化为损害赔偿请求权，两者逻辑上不能并存。而且，要限制履行请求的范围，只能在合同拘束力外寻找更高的原理，如诚实信用、禁止权利滥用等。合同构成不强调从债权人角度出发，将合同债权定义为“在债权关系中可以期待从债务人处获得的一定利益的地位”，履行请求权便不再具有优越性，而是与损害赔偿请求权并存，由债权人选择。相应地，合同构成舍弃了按照债务不履行的形态对违约行为分类的做法，而以债务不履行（义务违反）统摄各种履行障碍类型。

4.瑕疵担保责任与瑕疵修补请求权

债权构成将瑕疵担保责任作为法定责任。根本原因是，在特定物为标的的交易中，债务人无法交付无瑕疵的特定物，只能是交付该特定物，债务人交付的特定物有瑕疵的，不构成债务不履行。故，瑕疵

担保责任制度是在债务不履行制度之外的调整给付不均衡的法定制度；除非基于诚信原则或者交易习惯，债权人无瑕疵修补请求权。依合同构成，特定物债权的内涵由合意确定。通常，双方的合意内容显然不可能仅仅是交付特定物而完全不考虑特定物是否存在瑕疵，故交付有瑕疵的特定物构成违约，瑕疵担保责任制度为违约责任的特别法。债权人的瑕疵修补请求权也完全取决于合同解释。

五　评论

在我国合同法学的研究谱系中，合同的效力来源是合同法的哲学问题，是解释合同何以会发生当事人追求的法律效力的核心。“现代合同法的哲学起源”很大程度上是现代合同效力来源的起源。[85] 但晚近学界对合同拘束力理论的讨论，又将这一问题引入了合同法的技术领域。值得继续讨论的问题既有观念上的，也有制度上的。

1.合同效力源泉：单一论与复合论

一旦讨论某事物的合法性，就意味着它不可能自己为自己提供合法性，而要诉诸更高的价值。从正当性的问题域看，正当性只能是唯一的，如将法律的合法性诉诸神意、主权者的意志或民族精神等。在单一论者看来，合同效力可以被归结为三种不同的渊源：意志（意志论）、正当原因（原因论）与信赖（关系契约论）。在三者中，意志论与哲学上的自由意志几乎同义；原因论中的“原因”等同于当事人之间的实质公正；信赖其实是从社会交往角度入手的，三者并不在一个层面。迄今为止，意志论是当仁不让的绝对优势来源。

若抛开正当性追问的问题域，合同的效力来源完全可以归结为意志与原因两个要素，因为：其一，当事人的意志使合同成立，并决定了合同内容，而且当事人彼此的信赖是基于对方意志发生的，因此可归入意志论。其二，合同的正当原因使合同生效为国家和社会所期望、鼓励，至少是容忍。

需要指出的是，按照意志论的逻辑，合同价值必然是主观价值而非客观价值（如社会必要劳动时间所决定的价值），即只要当事人的意志（意思）是真实、自由的，无论交易的结果是否实质公平，合同都生效。但是，合同法不可能抛弃正当原因，它抛弃的毋宁是传统原因论对原因的严格要求。如在现代合同法上，无偿合同与有偿合同依然存在重大差异。现代合同法理论虽然不再视赠与的合法性为难题，但它对赠与作了诸多富有特色的规定：或将其定位为实践性合同，或赋予赠与人撤销权，或要求赠与合同的严格形式，或将赠与合同作为

预约。

在更普遍的意义上，有学者将“原因”视为民法中弱家长主义（legal paternalism）的表现形态，不过现代合同法强调它不能逾越其合理界限而已。[86] 然而它也完全可以是强家长主义的体现，且不论国家出于各种名目对合同“合法”的要求，仅合同法本身对“合理”、“善意”和“符合诚信原则”的要求即足可证明。因此，国家通过原因控制着合意的效力，契约的结构始终在于“契约＝合意＋原因”。[87] 一言以蔽之，在人类停止追求实质公正之前，在国家消亡之前，合同法中的原因就永不消失。

2.关系契约理论对合同法的意义

古典契约具有即时性、主体利益的对立性、高度的确定性、利益和负担分配及简单的治理机制五个特征，它们都与合意有内在联系。[88] 古典契约模式是对真实合同世界的浓缩和抽象，它剔除了从合同成立到合同终止的一切真实情景，构建了合同世界的理想状态。而关系契约理论作为法社会学的成果，是对具体缔约当事人及其合同关系、社会交往实践深入体察的结果。被古典契约模式所忽视的真实缔约人与缔约情景，在关系契约中全部呈现。兹以当事人为例：其一，当事人的理性能力不足。合同要求将未来可能发生的全部事项在当下约定，当事人的有限理性和不完备的信息使其不可能承担这一重任。其二，当事人往往愿意和固定的交易对象长期从事交易，以避免艰苦的谈判，支付相当高的缔约成本，甚至也不愿意在对方违约时追究其责任，而是希望在长期的交易中双方互惠，维护关系比获得救济更重要。其三，当事人未必都是弱肉强食的，有时还有利他主义……

关系契约论强调合同双方当事人未来的合作、关系性规则与声誉。整体上，与古典契约相比，它凸显了契约团结和契约公平的意义。它对合同法的意义最终要在立法与司法中体现，如法定解除理由的宽严设置、继续性合同的解除、违反合同保护义务与先合同义务时候的合同解除等。关系契约理论至少提醒我们，在研究中要关注契约的真实状况，以提出更符合现实的立论。

3.债权构成与合同构成的区隔

（1）一般意义上的区分

债权构成与合同构成是对合同效力的法技术解释，其引入对反思我国合同法学的研究大有助益。因为《合同法》为单行法，且以义务不履行为中心规定了统一的违约行为形态与严格责任，更接近合同构成模式。

与关系契约论一样（尽管两者的视角完全不同），合同构成最重要的贡献在于回到了合同法的根本问题：什么是合同？其实质是将合同回归到了法国民法典的经典定义：合同就是当事人之间的法律。从这一学者耳熟能详的表述出发，日本学者推出了若干制度方面的新论，部分甚至还具有颠覆性。值得认真思考的问题是：债权构成模式与合同构成模式到底有什么实质差别？

让人诧异的是，合同构成论在摆脱债权债务这一上位概念后，居然能推导出如此多的内容。事实上，债权不过是对合同之债、侵权之债等具体债的抽象，其抽象的核心公因子有二：一是财产性利益，二是请求他人作为或不作为。唯一可能的理由是合同本身的特性使然，即合同是当事人自主实现各种预期，尤其是合同作为分配利益与风险的工具，具有强烈的工具理性特征。这是法定之债不具有的特质。从合同的这一特性出发，合同当事人的权利义务包括违约救济必然由合同当事人决定，法律不可能侧重保护任何一方的利益。而其他法定之债则体现了法律对当事人利益格局的强烈干预，往往偏重于一方当事人的利益：侵权法游刃于行动自由与权利保护，不当得利需以法律之力干预不正当的利益变动，无因管理要协调个人自由与社会的守望相助，等等。

若上述论证成立，债权构成与合同构成之下的合同，最重要的差异也就是法律对合同效力的干预程度。无疑，在债权构成中，法律对合同的干预大；合同构成中，法律对合同的干预则小。因为合同构成的核心是将合同效力系于合同内容的确定，法律干预的正当性很难证成。极而言之，既然合同是当事人之间的法律，合同法有什么意义？但合同法毕竟还是存在。这就说明，无论采用哪种构成解释合同，法律依然会对合同的成立与效力、合同解除、违约责任等内容进行控制。

（2）具体内容的区分

合同的债权构成与合同构成的区分，前文已摘要述及。兹以两个问题为例。

其一，第一次义务与第二次义务。

在传统债法理论中，债务人不履行第一次义务（给付义务）时，就承担第二次义务（损害赔偿义务等）。两种义务之间保持了同一性，原因在于“债”的连接，因为两者都是请求他人为或不为一定行为的权利。合同债务是这种转化的典型。在这种模式下，合同债务不履行时，转化为实际履行债务、损害赔偿债务与违约金债务，等等。但在合同构成模式中，既然当事人权利义务由合同决定，在不履行情形

出现时，当事人之间的权利义务也不能法定，而只能取决于合同（法官的任务最多是解释合同而已），违约救济无非当事人借助抽象的国家强制力而已。若这一区分成立，则实际履行请求权与主债务的关系、违约金债务与主合同债务的关系、瑕疵担保责任与违约责任的关系，都将重新界定。

其二，不可抗力的约定。

在实践中，很多合同都约定了不可抗力条款，最常见的内容是约定不可抗力的范围（通常较为宽泛，如包括了政策变动、传染病等），部分合同还约定不可抗力不免责。《合同法》未明确规定这种约定的效力。按照合同构成说，合同是一种利益和风险的分配机制，各种救济措施无非重新分配当事人的利益和风险，并非追究违约责任或者侵权责任，因此，当事人可以约定不可抗力条款。[89]

国内学界对不可抗力约定是否有效，意见也不统一。

否定说认为，约定的不可抗力"既不能扩大不可抗力的范围，也不能缩小不可抗力的范围"，并认为这是《合同法》未保留涉外经济合同法和技术合同法中关于约定不可抗力规定的原因。[90] 或倾向于否认或限制与法定范围不一致的不可抗力条款的效力。[91]

肯定说则认为，《合同法》关于不可抗力的规范不具有强制性。理由为：其一，不可抗力只是立法者立足于平衡思想而作出的一种公允安排，当事人基于契约自由可以任意约定。[92] 其二，不可抗力为影响私人权益的事件，若放弃免责利益且不影响社会公共利益的，应予尊重。[93] 其三，从法经济学角度看，过错责任、意思自治及平衡损失都不能证成不可抗力免责条款的合理性。不可抗力条款隐含着对不可抗力违约损失的一种强制性保险，按照经济学的逻辑，不可抗力的违约损失应分配给以较低成本提供保险的一方当事人。但因该原则在司法过程中面临操作障碍，故不能被直接制定为法律。[94]

从上述讨论可以看出，假定国内学者均系在债权构成下讨论不可抗力条款是否可以约定，部分结论与论证理由也与合同构成没有任何差异。无论是在何种理论构成中，法律是否应干预才是最核心的问题。

此外，合同构成实际上在体系上还提出一些重大挑战——虽然不是新东西，比如：合同制度能否取代法律行为制度？债法总则有无专门成编的需要？

第三节　合同相对性

一　合同相对性的界定及其源流

（一）界定

合同相对性是指合同原则上只在当事人之间发生效力，不及于第三人。《合同法》没有直接规定合同相对性原则，但其第121条规定："当事人一方因第三人的原因造成违约的，应当向对方承担违约责任。当事人一方和第三人之间的纠纷，依照法律规定或者按照约定解决。"它常被解释为我国确立合同相对性规则的标志性条款。[95]

通说认为，合同相对性原则包含两层含义：一是除合同当事人外，任何其他人不得请求享有合同权利；二是除合同当事人外，任何人不必承担合同责任，"无契约即无责任"，合同外第三人没有参与契约合意的形成，故不能享受合同权利，也不必承担合同义务。[96]　亦有学者详述了其三个内容：其一，主体的相对性。合同关系只能发生在特定的主体之间，只有合同一方能向另一方基于合同提出请求或提起诉讼。其二，内容的相对性。指除法律、合同另有规定外，只有合同当事人才是合同权利义务主体；合同当事人无权为他人设定合同义务。其三，责任的相对性。违约当事人应对自己的违约行为承担责任，不能将其推卸给履行辅助人；因第三人行为造成债务不履行的，债务人应承担违约责任；债务人只能向债权人承担责任。[97]

鉴于"相对性"是大陆法系债法的核心概念，亦有学者总结了比较法上"相对性"概念的三种用法：其一，指相对规范，即适用于个别法律主体的法律规范，它使主体承担一项义务或赋予其一项权利，与之相对，绝对规范则指针对不特定多数人适用的法律规范，它使所有人同样承担义务和享有权利。其二，相对保护，指只有负有履行义务的债务人才应对不履行的后果负责。其三，相对归责，指债权债务仅涉及亲自实现了债的发生要件的人，其核心含义是阻止第三人受合同约束或享有其利益。[98]

基于契约自由原则，只有当事人自己才能为自己设定义务。因此，有学者认为，既然合同权利是约定性的权利而非法定性的权利，所以不具有超越于特定契约关系之外的普遍效力，只能在特定契约关系中有效。无契约则无义务，无契约则无权利。这是契约关系由当事人自由意志支配的必然逻辑。[99]　由此将合同相对性的基础归于契约自由。

（二）地位

合同相对性是合同法不言自明的规则。有学者视其为古典契约法

理论的“第一块基石”，至今仍然是契约法的基本原则及各种制度的基础。如果没有契约相对性原则，私法体系将不复存在，契约法将被侵权法所替代。契约的相对性也是契约自由制度的保障，没有契约相对性理论，就不会有意思自治或契约自由。[100]

鉴于合同相对性的重要地位，有学者详论了其意义。宏观上体现为：其一，合同相对性原则是契约自由的前提；其二，合同相对性原则是保护第三人行动自由的必然要求，主要体现在合同不能为第三人设定义务或让第三人承担责任。在构建合同具体规则方面的意义体现为：其一，它是贯穿于合同的订立规则；其二，贯穿于合同的履行规则；其三，贯穿于合同的变更、解除和终止规则。最后，在程序法上的意义是：它是确立合同纠纷诉讼中当事人的根据之一；是判断和识别合同纠纷诉讼中诉讼标的的基础。[101]

（三）源流

合同相对性其实是英美法的提法，它渊源久远。有学者总结了其产生的社会条件：①合同关系具有严格的人身性，合同权利不能转让给陌生人；②债务人的人身担保制度及违反债务产生的严酷后果，使债权人的人格（如慈悲、公正等品质）构成每项交易的重要内容之一；③农业社会极少发生信用和债务的交换，也几乎没有从事这种交换的机构；④人们普遍担心发生帮讼行为；⑤简单的口式允诺还不具备法律上的拘束力。[102]

大陆法虽然没有合同相对性的提法，“债的相对性”大致与其作用相若。对现代意义的合同相对性在两大法系的发展路径，有学者将其差异总结为：大陆法是通过意思理论确立的；英美法则是普通法内部演化的必然结果，是普通法为了实现公平的价值诉求而通过对价理论和原则进行推演的结果。因为在大陆法国家，合同是债的发生原因之一，合同制度被纳入债法体系，合同相对性要援引债的相对权，独立的合同相对性规则受到一定程度的挤压；但在英美合同法中，在对价和合同相对性一道成为英美合同法的两个根本原则后，合同相对性原则便在英美法上正式确立。由于英美没有债法理论和体系，合同相对性的地位和作用更为突出。[103]

二　合同相对性的例外

（一）兴起的原因及其种类

合同相对性的例外，是指除合同当事人以外的第三人依法律规定或合同约定，享有合同产生的请求权，或承担合同产生的责任。有学

者将合同相对性例外的出现，概括为社会经济发展的客观要求：随着社会化大生产的发展，经济活动越来越复杂，第三人介入合同的情形不断增加；社会利益主体多元化，交易各方实力不平衡。[104]

对合同相对性突破的意义，有学者总结为四方面：符合交易便利和交易经济原则，体现了促进交易的现代合同法理念；符合个人本位向社会本位法律思想转换的社会趋势；体现了形式正义与实质正义、一般正义与个别正义的有机结合；有利于节约诉讼成本，实现司法公正与效率。[105] 或将其概括为实体与程序两方面：其一，实体价值，即保护合同当事人利益和合同第三人利益并重。其二，程序价值，即提高效率，节约成本，通过赋予合同第三人基于约定或法定权利和对合同第三人施加相应的约定或法定义务，可以减少纠纷数量，简化繁琐路径，提高经济效益，节约社会成本。[106]

究竟哪些制度构成合同相对性的例外，学者见解不同。有学者从比较法角度，将其整理为债权的物权化（如买卖不破租赁）、债权的保全效力（债权人代位权及撤销权）、债权的对外效力（第三人侵害债权制度的确立）、法国法上的“直接诉权”制度及德国法上的“附保护第三人效力的合同”制度等[107] ；或概括为涉他合同（由第三人履行的合同、利他合同与附保护第三人效力的合同）与债的保全制度[108] ；或认为包括第三人利益合同、具有保护第三人效力的合同、最终买受人直接诉权、买卖不破租赁制度、第三人对被继承人权利和义务的继承和代位权[109] ；亦有学者纳入了不动产租赁合同的对抗效力与第三人侵害债权制度[110] ，甚至认为缔约过失责任及后合同义务也是合同相对性的例外。[111]

在海上货物运输合同中，托运人与承运人之间的“喜马拉雅条款”及《鹿特丹规则》中的“海运履约方”制度，均与合同相对性的例外关系密切。喜马拉雅条款源自1953年英国阿德勒诉狄克逊一案。阿德勒夫人搭乘P＆O公司的一艘名为喜马拉雅号的游轮，下船时因舷梯断裂而摔伤。由于阿德勒夫人持有的船票上载有承运人的疏忽免责条款，阿德勒夫人向船长和水手提起侵权诉讼。海运履约方制度则为托运人增加了一个可以依运输合同和运输法直接索赔的对象，避免了托运人只能以侵权起诉实际从事货物运输公司或者从事货物装卸作业的港口经营人的困境。学界对此讨论相当充分，其要旨均为参考国外和国际规则，并通过立法方式予以确认。[112]

（二）合同相对性在信贷消费关系中的适用

信贷消费通常涉及三种合同：消费者与销售者之间的买卖合同、银行与消费者之间的借款合同、银行与卖家之间的保证合同或其他合

作合同。这些合同由不同的主体订立，均为独立合同。若买卖合同效力存在瑕疵或被解除，是否会影响借款合同的效力？反之，亦存在相同的问题。这些问题亦可归结为：合同相对性规则在信贷消费中是否同样适用？

《商品房买卖合同司法解释》第23—25条，涉及以担保贷款为付款方式的商品房买卖中买卖合同与借款合同的关系。其核心内容为：

（1）因不可归责于当事人双方的事由，未能订立商品房担保贷款合同并导致商品房买卖合同不能继续履行的，当事人可以请求解除合同。反之，因商品房买卖合同被确认无效或者被撤销、解除，致使商品房担保贷款合同的目的无法实现，当事人可以请求解除商品房担保贷款合同。

（2）买卖合同的一方当事人请求确认商品房买卖合同无效、被撤销或解除合同时，若担保权人作为有独立请求权第三人提出诉讼请求的，应与担保贷款合同纠纷合并审理；担保权人就商品房担保贷款合同纠纷另行起诉的，可以与商品房买卖合同纠纷合并审理；未提出诉讼请求的，仅处理商品房买卖合同纠纷。

（3）商品房买卖合同被确认无效或者被撤销、解除后，商品房担保贷款合同也被解除的，出卖人应当将收受的购房贷款和购房款的本金及利息分别返还担保权人和买受人。

对上述规定，学者亦从合同相对性角度作了分析。

1.反对说

认为《商品房买卖合同司法解释》的上述规定首先违反了合同相对性原则，导致三个合同当事人的法律地位及其权利、义务和责任关系的混乱，尤其是在购买人退出借款合同时，开发商被迫承担买方借款合同产生的返还借款本金及利息的义务。其次，破坏了《合同法》的其他规则：银行的权利不符合代位权的一般法律规则，银行的诉权亦被不当剥夺，丧失了本来享有的多种救济手段。最后，没有区分商品房买卖中的不同类型合同的效力和法律后果。如商品房买卖合同无效，借款合同仍可能具有法律效力，抵押合同、保证合同亦不当然解除，债权人可自主决定是否行使抵押权，决定是否要求保证人承担保证责任。此外，在程序法上，上述司法解释人为地导致了诉累，使本来可以一并处理的案件不得不另行起诉。故，正确的理解应是：商品房买卖合同被确认无效或者被撤销、解除后，商品房担保贷款合同也被解除的，应根据《合同法》的相关规定处理，买受人有权要求出卖人向其返还购房款及购房贷款的本金及利息。若买受人怠于行使此债权时，银行有权行使代位权而要求出卖人向其返还剩余的贷款本金和

利息。[113]

亦有学者从利益衡量角度入手讨论，认为上述规定保护了购房者的利益，可能导致利益失衡，因为在开发商严重违约导致解除买卖合同时，不利后果将由银行承担，银行原本有担保的债权因此就受到威胁。在开发商为贷款合同提供保证时，贷款合同被解除或被认定为无效时，可直接由开发商履行保证义务向银行偿还贷款。但依上述规定，返还贷款的债务人是开发商，那么该抵押房屋是否仍应作为开发商承担还款责任的担保呢？[114]

2.有限赞成说

德国法上的关联合同（verbundene Vertreage）制度为这一问题提供了另一种思路。其要义有二：一是撤回直索，即消费者依法撤回买卖合同或信贷合同时，其效力均及于另一合同；二是抗辩直索，即消费者可以用买卖合同产生的抗辩事由对抗银行。

《德国民法典》第358条第3款第1句规定了关联合同。有学者认为，它仅适用于消费借贷（合同一方必须为消费者），贷款的目的必须是为了支付买卖合同或提供其他给付的合同的价金，而且信贷合同与买卖合同或提供其他给付的合同必须构成经济上的整体。[115] 在消费信贷中，买卖合同履行不当、不履行或者无效时，早期的抗辩权切断理论认为买卖合同与贷款合同是两个相互独立的合同，因此不承认消费者可用对销售者的抗辩事由对抗贷款人。《德国民法典》第359条明确规定了抗辩权延伸制度，即消费信贷买卖的消费者在特定情形，可以拒绝向贷款人偿还贷款，这样就不至于因为关联合同中买卖合同与货款合同的分离，承担比传统买卖合同更大的风险。[116]

与此类似的是美国法上的制度。有学者指出，美国法院率先以紧密联系性理论否定了消费信贷协议中的抗辩切断条款，将消费信贷合同视为联立合同。即使销售商与金融机构之间没有让与合同债权的合意，双方也存在法定的债权让与。在产品或者服务出现质量瑕疵时，消费者能依据其对特约销售商或服务商享有的抗辩权来对抗贷款人。而且，消费者和商人之间约定消费者放弃抗辩权的条款无效。[117]

多数学者认为，关联合同是突破合同相对性原则的新类型。其正当性在于保护处于弱势地位的消费者。消费者在合同履行与合同纠纷的处理上均处于明显劣势，尤其是在面对两个相互有关联的合同时，消费者更难以应对自如。[118] 基于对关联合同制度的认可，有学者进一步主张对《商品房买卖合同司法解释》第24条作扩大解释：在两个经济上具有整体联系的合同中，当其中一合同当事人违约导致合同无效、被撤销或者解除时，引致同时处于两合同中的当事人在另一合同

中违约时，后者可将前者在前一合同中违约的事实，用于在后一合同中违约的抗辩理由。[119]

三　附保护第三人效力的合同

（一）兴起的原因及其基础

附保护第三人效力的合同不仅在合同当事人双方间产生合同权利义务关系，而且债务人对与债权人具有特殊关系的第三人，也应负有照顾、保护、通知等附随义务。违反此义务时，应对该第三人承担合同责任。这种合同的效力范围超出了合同当事人，构成对合同相对性的突破，殆无疑义。

1.兴起的原因

国内学界对附保护第三人效力的合同的理论资源，主要取自德国法。如认为，其产生与德国侵权法的缺陷密切相关。因为德国侵权法采递进列举的立法模式，而非一般条款模式，其调整对象较狭窄，难以适应社会关系的不断发展，尤其是因过失造成的纯粹经济损失难以获得赔偿。反之，德国合同法比侵权法具有弹性，它没有约因的要求，出现例外时可突破合同相对性规则，另外，它也不存在可预见损害赔偿规则，因此，可以将第三人损害纳入债务人的赔偿范围。最后，德国法院因担心打开侵权诉讼闸门，故更多地借助合同救济手段解决纯粹经济损失。[120]

2.制度基础

附保护第三人效力的合同理论中最核心的论证，是当事人的合同隐含了保护第三人的效力。如有学者认为，这种效力虽然没有体现为合同约定，但可以通过解释当事人的意思予以“发掘”。《德国民法典》第241条第2款规定的权利义务，也可以在非合同当事人之间产生。在第三人以某种特别方式给他人以担保，并因此而显著影响了合同协商或者合同订立时，尤其可以产生这种债的关系。合同当事人对该第三人应尽必要的注意义务（合同义务），否则构成违约，该第三人得直接请求赔偿损害。[121]

学界亦从民法理念角度，讨论了附保护第三人效力的合同这一制度。其思路主要有二。

一是归结为诚实信用原则和公平原则。国外有三种合同义务扩张理论：其一，履行利益说，认为在某些情况下，合同以外的第三人的利益与合同的履行紧密相关；其二，交易的客观目的说，认为义务的

扩张标准系是否有利于实现当事人签订合同的目的；其三，合同的类型和交易的特殊性说，其理论基础是调整某一类型合同以实现公益。上述理论均可归结为诚实信用原则和公平原则。[122]

二是归结为信赖保护。学界亦将附保护第三人效力的合同的正当性归于信赖原则。如认为《德国民法典》第311条第3款在一定程度上肯定了信赖责任理论，是处理某些类型的咨询责任的新依据。它在很大程度上减轻了“对第三人具有保护效力的合同”制度的压力。以专家咨询责任为例，合同法、侵权法与缔约过失责任都在一定程度上调整专家咨询责任，不过三种制度各有优劣。[123] 依附保护第三人效力的合同理论，从合同的磋商谈判到合同的履行乃至合同履行后，当事人互受合同附随义务的保护，特殊的第三人同样处于附随义务的保护效力之下。这体现了在现代社会中信赖关系的增强以及法律对信赖利益的日益重视，是合同法适应现代社会发展的一大趋势。[124] 或认为，附保护第三人效力合同的实质是赋予了与债权人有特殊关系的第三人以选择权，即债务人的债务不适当履行对第三人造成损害时，第三人可以选择向债务人主张违约责任或侵权责任。其合理性是：第三人与债权人之间的特殊关系，同债权人一起处于债务人不适当履行所造成的人身财产损害的危险之内，并且这种危险和受侵害的可能超过了一般侵权行为，故第三人与合同当事人之间也存在信赖关系。当事人除对相对方承担合同义务外，对第三人也应负有保护义务。[125]

（二）第三人的确定

附保护第三人效力的合同制度的核心是第三人的范围。学界大多以德国法为据阐述，即将其系于第三人与合同给付的关系和债务人对第三人的察知。如认为，构成“第三人”需满足如下要件：①与合同债务人的债务履行息息相关，且因债务人的债务履行不当时，和债权人在相同范围及相同方式经受来自债务人给付瑕疵的侵害的危险。②第三人同债权人之间具有人格法上的特殊关系，债权人对待第三人的人身尤其生命、财产如同自己的生命与财产一样珍视。③债务人于合同订立时（或协商开始时）明知第三人与其债务履行有关联，且受债权人的照顾与保护。即强调债务人能预见到该第三人。[126] 亦有论者强调通过附保护第三人效力的合同保护第三人的必要性要件，认为当第三人能直接通过合同请求权完整实现自己的利益时，就不存在这种必要性。[127]

对扩大第三人范围的趋势，也有学者保持警醒甚至批判态度，[128] 或主张通过诚信原则与公平原则予以控制。《合同法》总则可具体界定第三人范围，并在分则中予以规定，但法院对合同义务是否扩张至第三人，可享有自由裁量权。[129]

（三）在中国的适用

1.中国现行法与附保护第三人效力的合同

《合同法》对附保护第三人效力的合同未设明文。有学者认为，我国一些法律规范与附保护第三人效力的合同类似。如《消费者权益保护法》第35条规定，法院应当采取措施，方便消费者提起诉讼。《产品质量法》第43条规定，因产品存在缺陷造成人身、他人财产损害的，受害人可以向产品的生产者要求赔偿，也可以向产品的销售者要求赔偿。《证券法》第173条规定，证券服务机构为证券的发行、上市、交易等证券业务活动制作、出具审计报告、资产评估报告、财务顾问报告、资信评级报告或者法律意见书时，有虚假记载、误导性陈述或者重大遗漏，给他人造成损失的，应当与发行人、上市公司承担连带赔偿责任，但能证明自己没有过错的除外。[130]

《建设工程施工合同司法解释》第26条规定，实际施工人可以起诉与其没有合同关系的发包人。有学者认为，它并非附保护第三人作用的合同，两者的差别在于：其一，责任内容不同。实际施工人直接诉权的责任内容是报酬给付请求权，而附保护第三人效力合同的责任内容是损害赔偿请求权。其二，第三人内涵不同。实际施工人履行了发包人与承包人之间的合同，与他们形成了事实上的权利义务关系。但附保护第三人效力合同的第三人是与合同没有关系的第三人。[131]

2.中国法是否应借鉴附保护第三人效力的合同

对中国法是否应借鉴该制度，学界观点不同。赞成说认为，该制度有助于保护第三人。反对说则认为，该制度会破坏了合同相对性，并使侵权法与合同法的界限模糊。

（1）赞成说

赞成说的核心理由有二：其一，保护第三人的利益。但学者的论证理由有所不同，如认为在对第三人造成损害时，侵权法对第三人的保护程度不如合同法，其根源在于侵权法保护的是普通人之间的关系，合同法保护的是特定人之间的关系。[132] 或认为，尽管在中国法上，侵权保护与契约保护各有利弊、各有侧重，不能简单地得出孰优孰劣的结论，但最有利的保护方式是赋予第三人选择权，由第三人依照具体情况选择对其最为有利的救济方式。保护义务的形成及契约责任的立体化，也是现代民法发展的必然趋势。[133] 鉴于两者的法律救济不同，只赋予受害第三人单一的法律救济方式，会使因同一行为受到损害的合同当事人与第三人取得不同的法律后果，如在纯经济损失领域，合同当事人能获得救济，受害第三人却不能获得救济。[134] 其二，确认这一制度不会破坏民法体系。民法体系不应囿于外部形式，

为实现新的价值判断或利益衡量时，应调整民法体系。[135]

赞成说多以产品责任为例展开阐述。如指出，为了加强对作为最终买主的庞大消费者群体的法律保护，我国应允许最终买主向与其无合同关系的卖主及生产者提起诉讼。扩大合同对第三人保护的依据在于：无论当事人是否在合同中约定，产品制造者、销售者通常就其制造、销售的产品质量负有明示的或默示的担保义务。担保义务不仅及于买受人，而且应及于与买受人有密切关系的人或使用产品的消费者。如果厂商在其制造的商品标识上所附的免责条款不合理，或销售者与买受人所订的免责条款不合理，消费者也可以跨越数个合同关系而主张合同无效。[136] 亦有学者认为，对买卖合同、租赁合同、雇佣合同及运输合同，都应考虑适用这一制度。[137]

（2）反对说

反对说的理由主要是：其一，保护义务通常是侵权法确立的不得侵害他人财产和人身义务所具有的内容，是每一个人都应承担的义务。其二，完全违背了合同相对性规则，会造成合同法与侵权法边界的模糊。如认为它将许多应由侵权法来解决的问题交由合同法来解决，会造成“契约法的肥大”，也会造成民法体系的混乱。其三，排除侵权法的适用转而适用合同法，对受害人的保护并不一定有利，因为违约责任一般只限于财产损害，不包括人身伤害和其他非财产损害，且受可预见性规则的制约。而侵权责任不限于财产损害，不仅包括直接损失，而且还包括间接损失。[138] 若据此处理产品责任纠纷，实际上排除了侵权责任，反而不能充分保护受害人。[139]

四　评论

合同相对性与契约自由互为因果和前提，同时在法律技术上决定了合同法的特征，使其与侵权法彻底区隔。英语中的“covenant”（契约，违约诉讼）一词，本身有“聚会”和“集会”的意思，这表明合同是个小圈子，圈内的是熟人，陌生人不知道这个圈子，也很难进入。这表明，合同当事人具有一定程度的人身关系。德国法强调合同当事人之间的信赖关系、特别拘束关系，其要旨亦同。可见，合同相对性作为合同法的根基，具有天生的合理性，突破必须有正当理由。这种理由并非法教义学本身所能提供，只能诉诸现实的社会需求。在这个论域中，比较疑难的问题有如下几个：

1.消费者契约、合同相对性与复数契约

现代分期付款交易方式的发展，使消费契约通常包含了两个或三

个关联合同（如买卖合同、借款合同、银行与经营者的委托合同或其他合作合同）。按合同相对性规则，买卖和借款相互独立，但这些交易又互为前提，固守合同相对性往往对消费者不公平。比较法上的关联合同理论等，无非是为突破合同相对性寻找一个理论说辞。

需要讨论的问题是：除了关联合同的思路以外，还有没有其他解释途径？传统合同法无疑是以二人对立关系为模式构造的，仅有保证、合伙等少数例外。关联合同亦不脱二人模式的窠臼。是否可在合同法的“二人关系”之外考虑“三人关系”的构造模式？即在解释上，将这类交易中的买卖合同、借款合同与委托合同并立为一种混合合同，与融资租赁合同的构造类似。未来是否可在特殊交易中构造三人合同模式甚至多数人合同模式（如特许加盟经营合同、高尔夫俱乐部会员合同）等，殊值研究。

2.合同当事人与第三人

合同当事人的确定通常不会出现问题。值得注意的是，《合同法》关于合同相对性的思想，除了第121条之外，第32条也有体现：“当事人采用合同书形式订立合同的，自双方当事人签字或者盖章时合同成立。”在实践中，本条也被用于认定合同主体，即谁在合同上签字或盖章，谁就是合同主体。《公司法司法解释三》第2条和第3条就采取了这一标准，但同时兼采合同实际权利义务主体（“已经实际享有合同权利或者履行合同义务”）的标准。此外，为家庭生活订立的合同（如热水器购买合同）中的第三人，比如夫或妻，可能更应界定为合同主体，尽管其并非合同名义上的当事人，但却是实际享有权利和承担义务的人。

3.附保护第三人效力合同的定位

附保护第三人效力合同与缔约过失中的第三人责任实质相同，都是对合同效力主体范围的突破，也构成对合同相对性的突破。这与合同法上的保护义务完全不同。我国《合同法》是否引入这一制度，关键就在于现行法是否无法解决对第三人的保护问题。

众所周知，德国合同法上的保护义务、附保护第三人效力的合同、缔约过失责任的根源都在于其侵权责任保护范围的狭窄与使用人的免责（若无选任过失与监督过失则不承担责任），我国现行法并不存在这些问题：《民法通则》第106条对受侵权法保护的客体规定的范围很广，《侵权责任法》第2条第2款的“合法民事权益”也完全可因应现实作扩张解释。而且侵权责任的保护力度也不比合同责任的保护力度弱。考虑到这一制度对民法体系的冲击，我国引入该制度的意义甚微。此外，将第三人的保护纳入合同法，则势必适用合同法规范，

这也会产生一系列问题：如第三人或者债权人对损害的发生存在与有过失时，债务人能否抗辩？又如合同约定了合法的免责条款，第三人的损害又在免责条款之内的，债务人能否据此对抗第三人？

唯一值得注意的，同一违约行为同时造成合同相对人与第三人损害的，受害人所受的保护程度不同，是否违反了“等同保护”这一宪法原则？答案应是否定的，因为侵权法与合同法保护的民事权益的公开性不同，价值位阶也不同。若将不同权益均纳入侵权法同等保护，不仅在理论上无法获得支持，在实践中也不可行。[140] 此外，侵权法的目的是损害救济，并不关注损害发生前的当事人的关系，也并不关注当事人的合同利益，而合同当事人之间的特别关系是合同法的出发点。因此，就保护义务而言，有时保护义务本身就是合同的目的，债务人的注意义务当然更高，尤其我国《合同法》采严格责任的情形。

最后，在股东抽逃出资情形，《公司法司法解释三》第14条赋予了公司、其他股东和公司债权人请求协助抽逃出资的其他股东、董事、高级管理人员、实际控制人承担连带责任的权利。该司法解释还有其他类似规定。这种责任到底是突破了合同相对性的违约责任还是侵权责任，抑或是两者之外的法定特别责任？值得思考。

第四节　合同解释

一　合同解释的界定

（一）合同解释与法律解释

学界历来认为，合同解释与法律解释在解释对象、解释方法、法官是否有权宣布被解释的对象无效等诸多方面都不相同。比如，合同解释须顾及相对人可能具有的独特理解，法律解释则无须考虑当事人对法律的特别理解；法律解释最重要的方法是探求立法的目的，合同解释则因为合同当事人的目的各有不同而应慎用目的解释方法。[141] 但也有学者指出，二者完全有可能交织在一起。比如，合同解释的过程本身会涉及法律，而且在合同解释完成后进入法律适用阶段时，合同解释仍然与法律解释相关。例如，合同漏洞的补充需要依据《合同法》第61条和第62条等，判断解除权行使所附条件是否有效牵涉《合同法》第45条、第96条等，而解释约定解除的条件也离不开《合同法》第93条第2款、第94条第1项规定。[142]

（二）法律问题与事实问题

有权解释合同的主体是受理案件的法庭或仲裁庭。[143] 学界对此没有异议。但对合同解释的性质是法律问题还是事实问题，尚存争议。

多数说主张，合同解释属于法律问题。如认为，合同解释虽以探求当事人的真实意思为目的，但其解释方法为法律所明定，法官运用这些手段即属于法律适用问题，而不再是单纯的事实认定问题。[144] 或认为，解释意思表示涉及当事人如何使用文字、如何言语、举动如何及有无特定交易惯例，但仅依证据确定此种事实，仍不足以明确意思表示的内容。唯有在此基础上加以合理判断才能决定行为内容，明确其意义，这意味着意思表示解释的根本问题在于判断，即作出法律上的评价，故其应属法律问题。[145]

折中说则认为，合同解释主要是探求合同应有的内容和条款的含义，探求当事人的真实意图，此系事实问题；但法官又必然要依据法律规则解释合同，形成一定的法律价值判断，此系法律问题。[146] 换言之，就合同的真意进行探查，是事实问题；对意思的法律评价，则是法律问题。

针对上述论证方式，有学者认为其存在逻辑问题：法律问题论建立在两个前提上：一是私法推理中的司法三段论模式；二是法官享有裁判权力。在三段论推理中，结论的谓项由大前提提供，作为小前提的法律事实则必须为大前提（法律规范）所涵摄，才能发生法律效果，事实问题本身并不具备规范效力。虽然意思表示解释应被界定为法律问题，但是将它作为司法三段论推理的小前提，并将其归结为法律问题时，势必否定司法三段论的否定。应认为，意思表示的法律效果依解释后的意思表示发生，而非由法律规范赋予，故无须以司法三段论为推理模型。[147]

（三）合同解释的类型

多数学者将合同解释分为两种基本类型，即狭义解释（阐述解释）与补充解释。前者适用于当事人对合同的理解有歧义时，其目的在于探求当事人的真意或者客观意义；后者则适用于合同有漏洞的情形，其目的在于探求当事人合理的、拟制的意思。如认为补充解释“通过法律任意性规范和推断当事人的意思表示，来维持法律行为的完整性”[148] 。但就何谓合同漏洞，学者的见解不完全相同：或认为包括合同条款没有约定或者约定不明这两种[149] ，或仅将其限定于前者[150] 。

但是，鉴于合同解释与合同补充存在诸多差异，有学者主张严格区分。如认为前者适用于当事人约定了争议事项但理解有歧义的情

形，后者则适用于合同没有明示规定时，即针对合同的“空白点”。再如，前者是对当事人意思表示的解释，判断当事人应有的效果意思，后者则是对当事人意思的推定，把推定的意思视为当事人的效果意思。[151]

此外存有争议的是修正解释，即按当事人表示赋予法律效果有悖事理时，法官对合同的内容予以修正。[152] 其实质是基于公共政策或公平诚信的考虑，无视当事人本来表示的意思，对合同进行价值判断，进而拟定特定的合同意思，使合同内容发生变更。[153] 也有学者将其视为合同解释的一项规则而非一种方法，如合同可作有效与无效两种解释时，应采取使合同有效的解释。[154]

二　合同解释与私法自治、信赖保护

（一）合同解释的原则：主观主义与客观主义

因为当事人的“意思”和“表示”是一体的，故有学者认为，不存在超然独立的意思，也不存在空白的表示；意思与表示都是当事人意志支配下的行为，二者不可分割。[155] 但在表示与意思不一致时，就会发生如下冲突：应以当事人的真意为准，还是以外部的意思为准。对此历来有主观主义与客观主义之争。

两者在解释方法与程序方面的核心差别是：主观主义致力于发现表意人的真实意思，关注当事人的内心真意；客观主义则从理性人的角度出发，探求合同记载了什么、合同应被如何理解。客观主义的基本假定是：合同一旦成立，就脱离了当事人构成的“私人合同共同体”，进入了公共领域，此时就需要在社会层面（如日常语用学、典型交易形态的典型权利义务、市场价格、交易习惯等）获得合同的意义。故有学者指出，对表示意义形成规范和客观的判断，不能仅就表示行为作就事论事的评价，而“应通过解释的辅助手段考察各种构成表示内容的附随现象和事实，并合理运用解释方法，来推导出决定表示行为的关键意义”[156] 。

对于主观主义与客观主义，大多数学者持折中态度，以兼顾表意人与相对人的利益。如认为，《合同法》虽然确定了客观主义解释原则，但合同是“以当事人意志为转移的”，不可能完全抛弃主观因素而进入客观领域。[157] 对主观主义与客观主义在解释中的权重，各家见解稍有不同。大多数学者主张以客观主义为主，但在合同因欺诈、胁迫、乘人之危、错误等原因而订立时，则应采主观主义。[158] 但也有学者认为，应结合内心的意思和外在的表示确定当事人的真实意思，

两者不分轩轾。[159]

另有方案以基本价值取向的选择为出发点。合同解释的折中主义其实还是在两个极端之间做选择：表意人与受领人、意思与表示、主观与客观，双方始终被视为对立的两极。合理的选择是以私法自治为基本价值取向，其他基础价值仅在有限的范围内影响合同解释。具体而言，应建构以理性人标准为中心的一元模式，其运用则历经三个阶段：理性人建构、语境重构、意义获取。其中，理性人建构和语境重构原则上均以当事人为依归。而在当事人类型存在差异及语境交叉时，应引入责任法原理，让具有归责性的当事人承担不利的解释结果。理性人则同时具有主观和客观成分、共同体和个人价值、外在和内在的因素；语境重构也融入了诸多因素的考量。这样，“一元模式最终跨越了主观与客观、意思与表示、文本与语境、形式与实质之间的鸿沟”[160] 。

（二）合同解释与私法自治、信赖保护

合同解释涉及两种最基本的价值：意思自治和信赖保护。主观主义强调前者，客观主义重视后者。学者则表达了不同的价值偏好。

1.合同解释与私法自治

在合同解释的操作中，行为人的内心意思无法被复制，从而难以查明，所以，合同解释最终依据的必然是表示出来的意思。因此，诸多学者相当警惕合同解释可能戕害当事人的意思自治。如认为合同解释以法官为主体，当事人处于类似“听众”的地位，当事人的意思就往往不是被“解释”而是被法官以“理性第三人”的标准替代。在补充性解释中，法官更多是重构订约人的“假定意图”，因此，合同解释的后果是使当事人承担了根本不源于其约定的义务。[161] 最后，在当事人因未约定而缺漏内容的场合，根本不存在合意，此时进行补充解释其实是消灭了当事人的自治，而代之以“规范性意思”[162] 。

为缓解合同解释与私法自治的紧张关系，学者提出了若干思路。如认为法官在解释合同时，其能动性应受两种限制：首先，在法官适用理性第三人的标准时，应尽量避免以所谓的“理性第三人”之名作出偏离缔约人真意的解释；其次，法官在合同解释中的自由裁量权应受合同解释规则、合同文本内容、法官职业共同体之规则、公平正义、诚实信用诸基本原则的限制。[163] 或认为，法官解释合同后，当事人不愿意接受这一结果时，可以主张因错误而撤销。[164]

2000年后，哲学解释学在国内的流行也为学者提供了新思路。如认为传统合同解释方法的框架是“主体（法官）—客体（合同）—方法”，其目的是获得三段论中的小前提。但是，从哲学阐释学看，传

统合同解释方法是科学方法论在法律领域的简单延伸，既忽略了法律作为“理解的学问”的属性，又难以真正体现私法自治，合同解释应按照精神科学的要求重构。详言之，解释者包括法官与各方当事人，当事人处于核心地位。解释的目标则是“通过充分论辩以达到彼此视域融合”，视域融合以前理解为始点，在螺线式的解释学循环中渐次实现。任何解释者皆有赖于他在此前形成的前理解。就此而言，科学解释方法于意思表示的解释并无太大意义。法官的解释行为将在两个方面受制于当事人：据以支持裁判正当性的裁判理由须以当事人的法庭论辩为基础；裁判结论的正当性取决于裁判理由是否能够说服当事人。[165]

然而，上述哲学阐释学方案的乐观想法也饱受诘难，如认为它实际上抛弃了方法论，以重置解释主体的方式来救助意思自治，这“是不合时宜的”，在实践中难免“首尾难顾”。合同作为法源与其他法源一起左右着法官的权力，法官要运用一定的法律或法学中的正当理由来解释、选择或确定某个合同条款的意义。合同解释并非单纯“探明当事人真意”的过程，也是法官对意思自治所隐含的各种价值的交错释放，其中包括自由、秩序、公平、诚信、信赖保护与交易安全等。[166]

2.合同解释与信赖保护

学界也逐渐认识到合同解释与信赖保护的矛盾。如认为，信赖保护本来是对当事人一方的保护，但在合同解释中，因规范性意思的存在，单方信赖保护变成为双方信赖保护。即在当事人对合同的意义产生分歧时，既不以表意人的真意，也不以受领人的实际理解为标准，而是将解释定位于获得客观的、规范的意义，且这种意义适用于表意人和受领人双方。在法官成为唯一解释者时，法官的解释往往取代了当事人的真意。如果把这种保护视为信赖保护，那么信赖保护就失去了意义：合同解释是为了确定合同是否生效，但合同效力究竟由谁赋予？[167]

对合同解释中的私法自治与信赖保护的冲突，强调表示主义的学者自然更重视信赖保护，如认为，应以相对人足以合理客观了解的表示内容为准，以保护相对人的信赖利益。[168] 或主张，应坚持受领人或表意人的表示意思的可归责性标准。[169]

在如何确定保护标准这一重要问题上，有学者认为，应以一个处于相对人位置的理性人对外部表示所应产生的理解为准，在相对人知悉或者不可能不知悉表意人真意的情形，相对人对表示的信赖不值得保护。此时，表意人的真意发生作用，应当按照表意人的真意解释意思表示。[170]

三　合同解释方法

（一）习惯解释

《合同法》第125条规定了文义解释、体系解释、历史解释、目的解释、习惯解释、诚信解释等方法。以下仅介绍学者着墨较多的习惯解释。

1.习惯解释的地位

《民法通则》没有规定民事习惯的法源地位，但《合同法》第125条和《合同法司法解释二》规定了习惯解释方法和习惯的类型。学界通常也把习惯解释视为合同解释的一种方法，它既可作为阐明解释的依据，也可作为漏洞补充的根据。[171]　甚至有学者将其作为最重要的方法，认为合同解释应首先求助于习惯和惯例。[172]　但也有学者指出，只有在合同存有“疑义条款”时，才可以运用习惯作为解释工具。[173]

2.习惯解释中的习惯

对可以作为解释依据的习惯是事实上的习惯，还是习惯法，学界看法不一。如认为它是事实上的习惯，即当事人所知晓或实践的惯行表意方式或惯常内容。[174]　其理由是，若将交易习惯局限于经国家认可的习惯法，则势必背离习惯入法的立法目的，即克服制定法的僵化。[175]　反对意见则不区分作为法源的习惯与合同解释中的习惯，认为均应指习惯法。[176]

关于习惯的类型，学界多按照行业与地域来区分，此外还承认当事人之间的交易惯例。如将后者称为“前例”，将其界定为当事人以前曾经进行过的交易[177]　，或用“系列交易”理论解释，认为它必须具备规则性与一致性两个条件。[178]

关于现实中的民事习惯，学界的研究甚少。有学者观察并记录了内蒙古一些牧区将“羊”作为等价物的习惯。牧业社区以羊作为等价物的合同主要有三种：一是借款合同中约定以羊抵作借款。因为羊产生的孳息比法定利息要高，所以这种做法较为流行。债务人不能按期履行约定义务时，债权人可要求对方支付一定数量的羊及其所产仔畜，应给付的羊的数量则随所逾期限的延长而增加。二是买卖合同等合同约定，债务人不能按期履行给付现金义务时，应以羊为合同标的物履行义务。三是苏鲁克合同（羊群承包合同），即畜群所有人依据法律或协议把畜群交给他人经营。这些习惯未必都可见容于现行法，比如以羊抵借款和利息的合同，可能会被法院认定为买卖合同。[179]

3.习惯解释的操作

用于合同解释的各种习惯的前提条件是，习惯必须适法、当事人双方均知悉交易习惯、合同没有排斥该交易习惯的适用。[180] 学界对此没有疑义。

在合同文义无明示时，关于习惯在合同解释中的优先顺位，学界的基本共识是，适用最接近当事人双方意志，最能为双方理解和适用的习惯。详言之，地区习惯与一般习惯发生冲突时，以一般习惯为准；地区习惯与行业习惯发生冲突时，行业习惯优先；当事人的交易习惯则优于地区习惯和行业习惯。[181]

对习惯的存在及其内容的举证义务与责任，应由主张者承担，殆无疑义。鉴于我国目前缺乏发现与记录习惯的官方机制，有学者建议，习惯的证明应以法院调查为原则，当事人举证为例外。为查明习惯，各省、自治区、直辖市的县级以上人民代表大会法制工作委员会可成立民事习惯调查办公室，或由地方志办公室负责，调查当地民事交易习惯，由该地人大常委会审定并公告，并报省级人大常务委员会备案，以供司法裁判参考。[182]

（二）补充解释

《合同法》第61、62条规定了填补合同漏洞的方法与各项标准，构成了合同补充的一般原则。[183]

1.补充解释适用的前提

尽管从理论上说，合同补充并非法院或仲裁机构代替当事人订立合同，然而与阐述解释不同，合同的补充是对当事人意志的推定与拟制，故更有可能僭越当事人的意思。因此，有学者认为，它是合同“含义的带入”，不再是自治，而是他治，即法官充当了“监护人”或者“好事者”。为了捍卫私法自治，必须严格界定补充解释的适用条件，以体现最少介入原则，谨防其被滥用。[184]

2.补充解释的操作程序

关于合同补充解释的基本原则，大陆法系采取“推定的意思表示”，英美法系采取“合同默示条款”，其实质均为对当事人意思的拟制与假定。但有学者认为，两者在适用上也存在差异：如大陆法上的补充作业一般是分阶段进行，首先从制定法上寻求帮助，若无相应的规定或适用这些规定未达合同目的，则综合各种因素进行补充解释；而在英美法上，凡能合理确定合同遗漏条款内容的规定，法官都可灵活运用，并无明显的次序。[185]

关于合同补充解释的一般操作程序，学界看法略有差异。如认为首先应考虑交易习惯，其次考量任意性规定，再次是查找司法解释，最后重构当事人的意思。[186] 或认为，合同补充解释有五个程序：确定合同是否成立、判断合同是否有效、识别合同类型、寻找补充性法律规定、推定当事人的共同意思。[187]

3.补充解释的法源

既然合同补充解释是对当事人意思的拟制，拟制的来源就是补充解释的核心问题。有学者认为，补充解释的方式有二：一是补充性的法律规定；二是法官用自己制定的规则加以补充。凡是没有补充性的法律规定或法律赋予法官以自由裁量权的，法官应以自己制定的规则加以补充。但当事人的推定意图与法律规定的补充性规则之间的界限并不十分明确，越来越多的推定意图被规则化、条款化，从而逐渐成为确定的制定法规则。[188] 这种区分实际上对应于直接适用任意性规范补充与合同补充解释。

对《合同法》第62条（合同补充）与《合同法》第125条（合同解释）之间的关系，学界看法不一。如认为应首先适用填补漏洞的任意性规则，否则会产生法解释学上的“向一般条款的逃避”[189] 。或认为，法律的任意性规定之所以有填补合同漏洞的效力，是基于法律之力，故以任意性规定填补合同漏洞，并不要求当事人知晓该规范。[190] 依据上述观点，任意性规范应优先适用和强制适用，只有在无任意性规范时，才依合同补充解释方法填补合同漏洞。但也有学者认为，在某些情形，补充解释应优先于任意性规范的适用：其一，当事人的合同虽为典型合同，但具有特殊性；其二，无名合同适用或类推适用任意性规范违反当事人的合同目的；其三，合同显示当事人不愿意接受任意性规范的适用；其四，由于当事人的错误想法，任意性规范的效果与当事人的意思大相径庭；其五，任意性规范不符合当事人“改变的经济关系”[191] 。《合同法》并没有专门规定合同补充解释规则。按补充解释同样应适用《合同法》第125条，如遵循诚实信用原则并斟酌交易惯例、合同目的等确定合同遗漏的条款。

四　评论

合同解释与意思表示解释是我国学界长期津津乐道的主题。从现有研究成果看，值得思考的还有如下一些问题：

1.哲学解释学与法律解释、合同解释

合同法学界奉献了诸多关于哲学解释学与法律解释、合同解释关

联性的研究，但也有观点强烈反对将法律解释、合同解释与哲学解释学相勾连。实际上，完全反对哲学解释学在合同解释中的运用也未必妥当，因为哲学解释学分为本体论上的解释学和方法论上的解释学。哲学解释学对法律解释尤其是合同解释最深刻的启发，应是“精神科学”及其后发展出来的“理解社会学”。[192] 兹以合同解释为例简单说明。

精神科学将有关人类自身及其交往的科学定位为一门理解的科学（或艺术，或技术），意味着研究者必须设身处地地将自己置于研究对象所在的情景中。用心去体验（伏尔泰所称的erleben）他人的生活，而不是用大脑推理。在合同解释中，它要求解释者重塑并进入合同文本产生的各种情景：当事人的利益状态、缔约目的与动机、典型交易模式，等等。这种认识之所以可能，按照马克斯·韦伯等社会学家的说法，是因为它们都是普遍行为（“概化的行为”），而解释者（如法官）生活在这个社会中，也是社会的一部分和参与者，而不可能只是社会的观察者。在社会化过程与专业化过程中，他自然会体察这些东西。

由此可见，若将现代哲学解释学回归到“精神科学”，对合同解释是有益的。合同解释中的交易过程和“理性人”无非法官自身对交易的认知，从这个意义上说，主观解释和客观解释其实并没有实质差别。

2.习惯解释

习惯解释和《合同法》有关合同补充的规定一样，都是客观的标准。从这个意义上说，习惯也是补充解释的材料来源。在有交易习惯时，合同漏洞的填补既可以适用《合同法》的合同补充规定，也可以适用习惯予以填补。鉴于《合同法》中的合同补充规定本来就应是对交易习惯的记载与表达，若《合同法》与习惯的内容不同，而习惯又不违反公序良俗原则，自然应优先适用习惯补充解释。

民法学界对交易习惯的重要性，早就有诸多议论。目前的研究主要是对少数民族民商事风俗的描述，鲜见对现实生活中民事习惯与商事习惯的讨论。实际上，现代商事习惯依然相当多，兹以国际建设工程施工合同领域的FIDIC范本为例。我国建设工程施工合同范本很多内容也源于FIDIC范本，其规定的索赔期限远远短于诉讼时效。而依我国现行法，诉讼时效为强制性规定，那么，索赔期约定是否违法？这或许只能从交易习惯角度入手才能妥当解释。此外，一些行规甚少受法律评价，如文物商之间的买卖不能“打假”（即不能主张对方欺诈，只能怪自己眼拙），其法律效力到底如何，也值得研究。总之，商事习惯研究的薄弱可谓我国合同法学研究的一个缺陷。

[1] 如柳经纬《意思自治与法律行为制度》，《华东政法学院学报》2006年第5 期；迟颖：《法律行为之精髓——私法自治》，《河北法学》2011年第1期；易军：《私人自治与私法品性》，《法学研究》2012年第3期；朱庆育：《私法自治与民法规范——凯尔森规范理论的修正性运用》，《中外法学》2012年第3期。

[2] 参见崔建远主编《合同法》（第5版），法律出版社2010年版，第18—19页。

[3] 参见王利明《合同法研究（修订版）》（第1卷），中国人民大学出版社2011年版，第160页以下。

[4] 参见孙学致《由自由达致责任——关于契约自由的内在规定性理论》，《吉林大学社会科学学报》2003年第1期。

[5] 参见孙学致《契约自由、契约自由权与契约权利——一个私权逻辑理论视角的分析》，《吉林大学社会科学学报》2006年第5期。

[6] 参见李永军《合同法》（第3版），法律出版社2010年版，第36页以下。

[7] 参见王丽萍《对契约自由及其限制的理性思考》，《山东大学学报》（哲学社会科学版）2006年第6期。

[8] 参见苏号朋《论契约自由兴起的历史背景及其价值》，《法律科学》1999年第5期；赵万一、吴晓锋：《契约自由与公序良俗》，《现代法学》2003年第3期。

[9] 参见李永军《从契约自由原则的基础看其在现代合同法上的地位》，《比较法研究》2003年第4期。

[10] 参见刘承韪《契约法理论的历史嬗迭与现代发展——以英美契约法为核心的考察》，《中外法学》2011年第4期。

[11] 如谢怀栻《外国民商法精要》（增补版），法律出版社2006年版，第21页以下；傅静坤：《二十世纪契约法》，法律出版社1997年版。

[12] 参见李永军《合同法》（第3版），中国人民大学出版社2010年版，第47页以下。

[13] 参见王利明《合同法研究（修订版）》（第1卷），中国人民大学出版社2011年版，第166页。

[14] 参见李永军《合同法》（第3版），中国人民大学出版社2010年版，第47页以下。

[15] 参见刘承韪《契约法理论的历史嬗迭与现代发展——以英美契约法为核心的考察》，《中外法学》2011年第4期。

[16] 参见朱广新《合同法总论》（第2版），中国人民大学出版社2012年版，第31页。

[17] 张学哲：《论消费者撤回权的构成与行使要件》，《华东政法大学学报》2011年第1期。

[18] 参见王洪亮《消费者撤回权的正当性基础》，《法学》2010年第12期；迟颖：《论德国法上以保护消费者为目的之撤回权》，《政治与法律》2008年第6期。

[19] 参见谢鸿飞《民法典与特别民法关系的建构》，《中国社会科学》2013年第2期。

[20] 参见李永军《从契约自由原则的基础看其在现代合同法上的地位》，《比较法研究》2003年第4期。

[21] 参见王丽萍《对契约自由及其限制的理性思考》，《山东大学学报》（哲学社会科学版）2006年第6期。

[22] 江平：《罗马法精神在中国的复兴》，载杨振山主编《罗马法·中国法与民法法典化》，中国政法大学出版社1995年版，第5页。

[23] 陈小君、易军：《论中国合同法的演进》，《法商研究》1999年第6期。

[24] 参见李永军《从契约自由原则的基础看其在现代合同法上的地位》，《比较法研究》2003年第4期。

[25] 参见王利明《合同法的目标与鼓励交易》，《法学研究》1996年第3期。

[26] 参见王利明《合同法研究（修订版）》（第1卷），中国人民大学出版社2011年版，第204页以下。

[27] 参见崔建远《合同法》（第5版），法律出版社2010年版，第20页。

[28] 参见朱广新《合同法总论》（第2版），中国人民大学出版社2012年版，第34页以下。

[29] 参见谢怀栻《外国民商法精要》（增补本），法律出版社2006年版，第15页以下；梁慧星：《从近代民法到现代民法》，《中外法学》1997年第2期；胡启忠：《契约正义论》，法律出版社2007年版，第5章。

[30] 参见王丽萍《对契约自由及其限制的理性思考》，《山东大学学报》（哲学社会科学版）2006年第6期。

[31] 参见王利明《合同法研究（修订版）》（第1卷），中国人民大学出版社2011年版，第196页以下。

[32] 参见李永军《合同法》（第3版），中国人民大学出版社2010年版，第46页。

[33] 参见孙学致《契约的正义——读〈法律、立法与自由〉札记》，《法制与社会发展》2006年第4期。

[34] 参见梁慧星《民法总论》（第3版），法律出版社2007年版，第258页。

[35] 参见李永军《合同法》（第3版），中国人民大学出版社2010年版，第60—63页。

[36] 钱玉林：《内田贵与吉尔莫的对话——解读〈契约的再生〉》，《北大法律评论》第5卷第1辑。

[37] 参见汪莉《契约法中的契约自由与契约正义》，《学术界》2005年第6期。

[38] 参见黎桦《实质正义理念下的合同效力控制问题研究》，《武汉大学学报》（哲

学社会科学版）2012年第4期。

[39] 典型作品如马新彦《现代司法上的信赖规则》，社会科学文献出版社2010年版；朱广新：《信赖责任研究——以契约之缔结为分析对象》，法律出版社2007年版；朱广新：《信赖保护原则及其在民法中的构造》，中国人民大学出版社2013年版。

[40] 参见朱广新《合同法总论》（第2版），中国人民大学出版社2012年版，第45页以下。

[41] 参见马新彦《信赖规则之界定》，《法制与社会发展》2002年第3期。

[42] 参见朱广新《意思表示错误之撤销与相对人的信赖保护》，《法律科学》2006年第4期。

[43] 参见马新彦《信赖与信赖利益考》，《法律科学》2000年第3期。

[44] 参见丁南《信赖保护与法律行为的强制有效——兼论信赖利益赔偿与权利表见责任之比较》，《现代法学》2004年第1期。

[45] 参见姜淑明、梁程良《构建信赖利益损害赔偿责任的思考》，《时代法学》2012年第6期。

[46] 参见朱广新《信赖保护理论及其研究述评》，《法商研究》2007年第6期。

[47] 参见丁南《略论民法的信赖保护范式——从私法自治到民法范式的二元化》，《深圳大学学报》（人文社会科学版）2007年第4期。

[48] 参见马新彦《信赖规则之界定》，《法制与社会发展》2002年第3期。

[49] 参见朱广新《合同法总论》（第2版），中国人民大学出版社2012年版，第47页。

[50] 参见孙鹏《民法上信赖保护制度及其法的构成——在静的安全与交易安全之间》，《西南民族大学学报》（人文社会科学版）2005年第7期。

[51] 参见余立力《论信赖利益损害的民法救济》，《现代法学》2006年第1期。

[52] 参见梅伟《合同因错误而撤销的信赖赔偿责任》，《现代法学》2006年第3期。

[53] 参见马新彦《信赖规则之界定》，《法制与社会发展》2002年第3期。

[54] 参见朱广新《信赖保护理论及其研究述评》，《法商研究》2007年第6期。

[55] 参见朱广新《合同法总论》（第2版），中国人民大学出版社2012年版，第45页以下。

[56] 参见梅伟《合同因错误而撤销的信赖赔偿责任》，《现代法学》2006年第3期。

[57] 参见［美］吉尔莫《契约的死亡》，曹士兵、姚建宗、吴巍译，中国法制出版社2005年版；［日］内田贵：《契约的再生》，胡宝海译，《民商法论丛》第4卷，法律出版社1996年版。

[58] 如Hans Huber，Die verfassungsrechtliche Bedeutung der Vertragsfreiheit，

Walter De Guyter＆Co.Berlin，1966； Michael Baeuerle，Vertragsfreiheit und Grundgesetz，Nomos，2001。

[59] 参见［美］莫顿·J.霍维茨《美国法的变迁》，谢鸿飞译，中国政法大学出版社2004年版。

[60] 参见江登琴《契约自由的宪法基础研究》，北京大学出版社2011年版。

[61] 参见马翠军《繁荣与自由背后的契约自由难题》，《读书》2010年第5期。

[62] 参见周伟《从身高到基因——中国反歧视的法律发展》，《清华法学》2012年第6期。

[63] 如认为契约类型具有内容调整、创造辅助等功能。在契约条款内容不够明确时，将其纳入某种有名合同类型中解释；在创造新型契约时，以现有类型为出发点。［日］大村敦志：《近30年来日本的民法研究》，渠涛译，《清华法学》2012年第3期。

[64] 参见张家勇《两种类型，一种构造？——〈民法通则〉第66条第1款第3句的解释》，《中外法学》2012年第2期。

[65] 笔者2002年曾在中南财经政法大学的一次学术沙龙上提到这个问题。报告文字记载见《财产权神圣与民法中对财产权的剥夺》，http://www.civillaw.com.cn/special.asp？ id＝ 50。添加本注，以怀念一个远去的、沉静的和从容的学术年代。

[66] 王远胜：《合同效力正当性理论说明的历史变迁》，载梁慧星主编《民商法论丛》（第40卷），法律出版社2008年版。

[67] 李永军：《合同法》（第3版），法律出版社2010年版，第139页。

[68] 参见李军《法律行为的效力依据》，《现代法学》2005年第1期。

[69] 参见薛军《民法的两种伦理正当性的模式——读徐涤宇〈原因理论研究〉》，《比较法研究》2007年第3期。

[70] 参见张家勇《为第三人利益合同的意志论基础》，《清华法学》2008年第3期。

[71] 参见徐涤宇《合同效力正当性的解释模式及其重建》，《法商研究》2005年第3期。

[72] 李永军：《合同法》（第3版），法律出版社2010年版，第139页。

[73] 除原因论外，学界对英美法的对价讨论也较多。如刘承韪《英美法对价原则研究》，法律出版社2006年版；陈融：《解读约因：英美合同之效力基石》，法律出版社2011年版。

[74] 参见徐涤宇《论中世纪原因理论对契约一般理论的贡献》，《中外法学》2005年第4期。

[75] 参见徐涤宇《原因理论研究》，中国政法大学出版社2005年版，第312页以下。

[76] 参见李永军《契约效力的根源及其正当化说明理论》，《比较法研究》1998年第3期。

[77] 参见陈融《探寻契约效力的哲理源泉——以民法法系“原因”理论为视角》，《华东师范大学学报》（哲学社会科学版）2011年第1期。

[78] 参见徐涤宇《合同效力正当性的解释模式及其重建》，《法商研究》2005年第3期。

[79] 参见沈建峰《罗马法上的原因理论及其对近现代法的启示——无因理论的罗马法视角》，《比较法研究》2006年第4期。

[80] 参见［日］内田贵《契约的再生》，胡宝海译，《民商法论丛》第4卷，法律出版社1996年版。

[81] 李永军：《合同法》（第3版），法律出版社2010年版，第162页。

[82] 参见刘承韪《契约法理论的历史嬗迭与现代发展——以英美契约法为核心的考察》，《中外法学》2011年第4期。

[83] 参见解亘《我国合同拘束力理论的重构》，《法学研究》2011年第2期；解亘：《日本契约拘束力理论的嬗变——从债权·债务构成走向契约构成》，《南京大学学报》2010年第2期。为展示这一重要理论与国内观点的对比，本处也穿插了其他学者的论述。为表述方便，本部分除特别指出，观点均来自于这两篇论文。

[84] 参见崔建远主编《合同法》（第5版），法律出版社2010年版，第297页。

[85] 参见［美］詹姆斯·戈德雷《现代合同理论的哲学起源》，张家勇译，法律出版社2006年版，第283页。

[86] 参见薛军《民法的两种伦理正当性的模式——读徐涤宇〈原因理论研究〉》，《比较法研究》2007年第3期。

[87] 参见沈建峰《罗马法上的原因理论及其对近现代法的启示——无因理论的罗马法视角》，《比较法研究》2006年第4期。

[88] 参见［美］麦克尼尔《新社会契约论》，雷喜宁、潘勤译，中国政法大学出版社1994年版。

[89] 参见解亘《我国合同拘束力理论的重构》，《法学研究》2011年第2期。

[90] 参见刘凯湘、张海峡《论不可抗力》，《法学研究》2000年第6期。

[91] 参见韩世远《履行障碍法的体系》，法律出版社2006年版，第40页。

[92] 参见朱广新《合同法总则》（第2版），中国人民大学出版社2012年版，第636页。

[93] 参见叶林《论不可抗力制度》，《北方法学》2007年第5期。

[94] 参见桑本谦《不可抗力的法经济学思考》，《哈尔滨工业大学学报》（社会科学版）2004年第2期。

[95] 参见韩世远《合同法总论》（第3版），法律出版社2011年版，第13页；王利明：《合同法研究（修订版）》（第2卷），中国人民大学出版社2011年版，第119页。

[96] 参见傅静坤《21世纪契约法》，法律出版社1997年版，第153、1页；李永军：《从契约自由原则的基础看其在现代合同法上的地位》，《比较法研究》2003年第4期。

[97] 参见王利明《合同法研究（修订版）》（第1卷），中国人民大学出版社2011年版，第119页以下。

[98] 参见张家勇《为第三人利益合同的制度构造》，法律出版社2007年版，第147页。

[99] 参见孙学致《契约自由、“契约自由权”与契约权利——一个私权逻辑理论视角的分析》，《吉林大学社会科学学报》2006年第5期。

[100] 参见李永军《从契约自由原则的基础看其在现代合同法上的地位》，《比较法研究》2003年第4期。

[101] 参见李建华、彭诚信《论合同相对性原则在处理商品房买卖合同纠纷中的司法适用——基于最高人民法院相关司法解释及其判决的评判和反思》，《法律科学》2012年第5期。

[102] 参见杨丽君《论英美法合同相对性原则》，载梁慧星主编《民商法论丛》第12卷，法律出版社1998年版。

[103] 参见刘承韪《合同相对性理论的起源与流变——现代意义合同相对性在两大法系确立过程之比较》，《南京大学法律评论》2007年春/秋季号。

[104] 参见马超、邵和平《论合同相对性原则突破的原因、内涵与价值》，《河北法学》2013年第7期。

[105] 参见袁合川、邓晓霞《合同相对性原则突破的价值》，《西南交通大学学报》（社会科学版）2006年第4期。

[106] 参见马超、邵和平《论合同相对性原则突破的原因、内涵与价值》，《河北法学》2013年第7期。

[107] 参见韩世远《合同法总论》（第3版），法律出版社2011年版，第13页。

[108] 参见朱广新《合同法总则》（第2版），中国人民大学出版社2012年版，第19页。

[109] 参见陈璟《试论合同相对性原则例外的涵义》，《当代法学》2002年第5期。

[110] 参见杨丽君《论英美法合同相对性原则》，载梁慧星主编《民商法论丛》第12卷，法律出版社1998年版。

[111] 参见杜文聪《合同相对性的突破与我国合同法相关制度构建》，《法律适用》2001年第11期。

[112] 参见司玉琢《喜马拉雅条款的沿革及理论基础——兼评UNCITRAL〈运输法草案〉下的海上履约方》，《大连海事大学学报》（社会科学版）2004年第2期；傅廷中：《论国际海运立法对合同相对性原则的突破》，《清华法学》2012年第1期；陈本寒、程一航：《海上货物运输法中合同相对性原则突破的考量》，《湖北大学学报》（哲学社会科学版）2012年第2期。

[113] 参见李建华、彭诚信《论合同相对性原则在处理商品房买卖合同纠纷中的司法适用——基于最高人民法院相关司法解释及其判决的评判和反思》，《法律科学》2012年第5期。

[114] 参见黄洁《消费信贷合同关联性浅析——以房地产按揭为例》，《金融法苑》第65辑，中国金融出版社2005年版。

[115] 参见迟颖《德国消费信贷法规中的关联合同制度——兼论德国民法典第358条》，《比较法研究》2006年第3期。

[116] 参见迟颖《关联合同中产生于买卖合同的抗辩权对贷款合同的适用性问题：从一则案例看德国消费信贷法抗辩权延伸制度》，《法学论坛》2007年第5期。

[117] 参见尹腊梅《揭开消费信贷合同的面纱——论抗辩延伸制度的正当性以及抗辩放弃条款的无效》，《中国商法年刊（2009）》。

[118] 参见张学哲《消费者撤回权制度与合同自由原则——以中国民法法典化为背景》，《比较法研究》2009年第6期；刘怡：《论德国关联合同制度及其借鉴意义》，《法律适用》2012年第9期。

[119] 参见徐静《对突破合同相对性原则的再认识——兼及对德国民法典第359条之借鉴》，《法学论坛》2012年第1期。

[120] 参见王璟《论“附保护第三人作用之合同”——兼谈我国侵权责任法的完善》，《求索》2009年第9期。

[121] 参见马强《附保护第三人作用之合同研究》，《政治与法律》2005年第1期；王闻贤：《试论附保护第三人作用之契约中“第三人”的特性》，《天津市政法管理干部学院学报》2004年第2期。

[122] 参见陈任《合同义务扩张的比较研究》，《西北大学学报》（哲学社会科学版）2007年第5期。

[123] 参见许德风《对第三人具有保护效力的合同与信赖责任——以咨询责任为中心》，载易继明主编《私法》第8卷，北京大学出版社2004年版。

[124] 参见叶榅平《附随义务与合同对第三人的保护效力》，《中南民族大学学报》（人文社会科学版）2006年第2期。

[125] 参见陈树森、曲虹妍《附保护第三人作用契约的制度价值与制度移植》，《广西政法管理干部学院学报》2005年第5期。

[126] 此处综合了马强：《附保护第三人作用之合同研究》，《政治与法律》2005年第1期；王闻贤：《试论附保护第三人效力之契约中“第三人”的特性》，《天津市政法管理干部学院学报》2004年第2期。

[127] 参见叶榅平《附随义务与合同对第三人的保护效力》，《中南民族大学学报》（人文社会科学版）2006年第2期。

[128] 参见涂文、安翱《论附保护第三人作用的契约》，《河北法学》2004年第3 期；伍鉴萍：《论“附保护第三人效力的契约”》，《云南大学学报法学版》2006年第3期。

[129] 参见陈任《合同义务扩张的比较研究》，《西北大学学报》（哲学社会科学版）

2007年第5期。

[130] 参见朱广新《合同法总则》（第2版），中国人民大学出版社2012年版，第365页。

[131] 参见邱雪梅《论附保护第三人作用合同——兼谈我国民法典编纂中民事责任体系的构建》，《甘肃社会科学》2006年第1期。

[132] 参见李永军《合同法》（第3版），法律出版社2010年版，第399页。

[133] 参见申黎、尹志君《试论引入“附保护第三人作用之契约”理论的必要性》，《当代法学》2002年第4期。

[134] 参见邱雪梅《论附保护第三人效力合同——兼谈我国民法典编纂中民事责任体系的构建》，《甘肃社会科学》2006年第1期。

[135] 参见李永军《合同法》（第3版），法律出版社2010年版，第400页。

[136] 参见马强《附保护第三人作用之合同研究》，《政治与法律》2005年第1期。

[137] 参见赵清新《论附保护第三人作用的合同》，《法律适用》2013年第3期。

[138] 参见王璟《论“附保护第三人作用之合同”——兼谈我国侵权责任法的完善》，《求索》2009年第9期。

[139] 参见王利明《论合同的相对性》，《中国法学》1996年第4期；王利明：《合同法研究（修订版）》（第1卷），中国人民大学出版社2011年版，第33页以下。

[140] 参见葛云松《〈侵权责任法〉保护的民事权益》，《中国法学》2010年第3期。

[141] 此处综合了如下文献：崔建远主编：《合同法》（第5版），法律出版社2010年版，第353页；李永军：《合同法》（第3版），法律出版社2010年版，第473页以下；王利明：《合同法研究（修订版）》（第1卷），中国人民大学出版社2011年版，第441页；张驰：《论意思表示解释》，《东方法学》2012年第6期。

[142] 参见崔建远《合同解释与法律解释的交织》，《吉林大学社会科学学报》2013年第1期。

[143] 参见徐涤宇《法律适用中的合同解释》，《阴山学刊》2004年第7期；王利明：《合同法研究（修订版）》（第1卷），中国人民大学出版社2011年版，第441页。

[144] 参见韩世远《合同法总论》（第3版），法律出版社2011年版，第701页。

[145] 参见张驰《论意思表示解释》，《东方法学》2012年第6期。

[146] 参见王利明《合同法研究（修订版）》（第1卷），中国人民大学出版社2011年版，第160页以下。

[147] 参见朱庆育《意思表示解释——通过游戏而实现》，《清华法学》2002年第1卷第1期。

[148] 常鹏翱：《法律行为解释与解释规则》，《中国社会科学院研究生院学报》2007年第6期。

[149] 参见王利明、崔建远《合同法新论·总则》（修订版），中国政法大学出版社2000年版，第479页；韩世远：《合同法总论》（第3版），法律出版社2011年版，第708页。

[150] 参见李永军《合同法》（第3版），法律出版社2010年版，第490页。

[151] 参见李显先、吴东强《合同漏洞补充与合同解释之区别》，《人民法院报》2002年4月16日。

[152] 参见韩世远《合同法总论》，法律出版社2011年版，第696页。

[153] 参见徐涤宇《法律适用中的合同解释》，《阴山学刊》2004年第7期。

[154] 如李永军《合同法》（第3版），法律出版社2010年版，第484页。

[155] 参见张俊浩《民法学原理》（第3版），中国政法大学出版社2000年版，第229页。

[156] 张驰：《论意思表示解释》，《东方法学》2012年第6期。

[157] 参见李永军《合同法》（第3版），法律出版社2010年版，第482页。

[158] 参见崔建远主编《合同法》（第5版），法律出版社2010年版，第356页。

[159] 参见王利明《合同法研究（修订版）》（第1卷），中国人民大学出版社2011年版，第454页。

[160] 叶金强：《合同解释理论的一元模式》，《法制与社会发展》2013年第2期。

[161] 参见谢慧《契约自由的司法境遇——法律方法如何拯救意思自治》，《法制与社会发展》2011年第4期

[162] 参见李永军《论合同解释对当事人自治否定的正当性与矫正性制度安排》，《当代法学》2004年第3期。

[163] 参见李霞《法官对合同解释的能动性及其限制》，载陈金钊、谢晖主编《法律方法》第7卷，山东人民出版社2008年版。

[164] 参见李永军《论合同解释对当事人自治否定的正当性与矫正性制度安排》，《当代法学》2004年第3期。

[165] 参见朱庆育《意思表示解释——通过游戏而实现》，《清华法学》2002年第1卷第1期。

[166] 参见谢慧《契约自由的司法境遇——法律方法如何拯救意思自治》，《法制与社会发展》2011年第4期。

[167] 参见钟会《信赖保护理论与意思表示解释的再解读》，《中南财经政法大学研究生学报》2008年第2期。

[168] 参见童安生《民事法律行为》，中国人民大学出版社1994年版，第239页。

[169] 参见许中缘、梁清《论法律行为解释与私法自治》，《人民司法·应用》2007年

第4期。

[170] 参见纪海龙《论意思表示的要素、解释与意思表示错误——以德国法的研究为核心》，《研究生法学》2004年第3期（总第59期）。

[171] 参见徐涤宇《法律适用中的合同解释》，《阴山学刊》2004年第7期。

[172] 参见沈敏荣《合同的解释与解释的合同》，《南京社会科学》2000年第1期。

[173] 参见崔建远主编《合同法》（第5版），法律出版社2010年版，第366页。

[174] 参见徐涤宇《法律适用中的合同解释》，《阴山学刊》2004年第7期。

[175] 参见陈文华《法律解释中的交易习惯——以我国合同法为视角》，《西部法学评论》2011年第2期。

[176] 参见罗筱琦《“交易习惯”研究》，《现代法学》2002年第2期。

[177] 参见李永军《合同法》（第3版），法律出版社2010年版，第486页。

[178] 参见崔建远《合同法总论》（上卷），中国人民大学出版社2008年版，第150页。

[179] 参见戴双喜、巴音诺尔《论牧区以“羊”为“等价物”的交易习惯——兼论民事习惯与交易习惯之结构层次关系》，《法学杂志》2010年第11期；戴双喜：《游牧者的财产法》，中央民族大学出版社2009年版。

[180] 参见张广兴、韩世远《合同法总则》（下册），法律出版社1999年版，第246页。

[181] 参见张广兴、韩世远《合同法总则》（下册），法律出版社1999年版，第246页；王利明：《合同法研究（修订版）》（第1卷），中国人民大学出版社2011年版，第462页。

[182] 参见罗筱琦《“交易习惯”研究》，《现代法学》2002年第2期。

[183] 参见董灵《合同的履行、变更、转让与终止》，法制出版社1999年版，第266页。

[184] 参见韩世远《合同法总论》（第3版），法律出版社2011年版，第708页。

[185] 参见汪渊智、李洁《两大法系合同漏洞补充规则的探讨》，《山西大学学报》（哲学社会科学版）2004年第5期。

[186] 参见徐涤宇《法律适用中的合同解释》，《阴山学刊》2004年第7期。

[187] 参见邓志伟、曾茜《发现“当事人的意思”：规则、流程与标准——合同纠纷中补充性解释的应用及其限制》，载陈金钊、谢晖主编《法律方法》（第12卷），山东人民出版社2012年版。

[188] 参见李永军《合同法》（第3版），法律出版社2010年版，第494页。

[189] 参见王利明《合同法研究（修订版）》（第1卷），中国人民大学出版社2011年

版，第465页。

[190] 参见龙卫球《民法总论》，中国法制出版社2002年版，第550页。

[191] 参见崔建远主编《合同法》（第5版），法律出版社2010年版，第373页。

[192] 详细论述，参见谢鸿飞《法律与历史：体系化法史学与法律历史社会学》，北京大学出版社2011年版，第3编。

第三章　合同的成立（上）

第一节　合同的判定

一　情谊行为与合同

（一）情谊行为的定性

合同是表意行为的一种形态，但并非所有的表意行为都受合同法调整，如何区分合同与非合同的表意行为[1]，是合同法的出发点。英美法上“协议（agreement）”与“合同（contract）”、德国法上“约定（Vereinbarung）”与“合同（Vertrag）”的区分，其目的之一就是厘定哪些合意行为构成合同。现代生活的复杂化、人类交往的密集、表意行为的纷繁芜杂使得合同与非合同的表意行为界分越发重要。有学者明确将其概括为合同的“临界点”与“界标”，以凸显这一问题的重要性。[2]

对合同与非合同的区分，学界关注的重点是情谊行为（好意施惠行为），即双方当事人为增进私人友谊或基于善良风俗实施的欠缺效果意思的行为。[3] 对情谊行为的定性，学界见解不同。

1.事实关系

通说认为，情谊行为的当事人并没有受法律约束的意思，不产生债之关系，双方之间不存在合同关系。因此，当事人之间当然不产生给付请求权和替代履行的损害赔偿请求权。但是，情谊行为一旦被实际履行，情谊行为就成为相对人受领的正当原因，而无不当得利之债的发生余地。[4]

对于不成立不当得利的原因，传统解释认为，系情谊给付是基于道德原因的给付。或认为，情谊行为本属法律不予调整的对象，自然不是受领给付的“法律”原因，因此，情谊行为人之所以不得要求返还，是基于特定的价值衡量与逻辑推论。[5] 但也有学者认为，情谊行为虽然无创设履行义务的意义，但具有确认权益变动归属效果的意义，故，它与可以任意撤销的赠与合同相似：尽管没有可以强制实现的给付义务，但情谊行为与赠与仍是保留给付效果的正当原因。[6]

2.法律关系

晚近也有学者主张，情谊行为并非事实关系，而是一种法律关系。这一观点又细分为“合同说”和“类似合同的特别拘束关系”两说。

（1）合同说

认为情谊合同是合同的一种，应受《合同法》调整。其理由是：其一，情谊行为虽然以增进情谊为目的，但根据“法律不问动机”原理，情谊行为关系的标的是财物或者服务行为，人际关系是其意图增进的对象，而不是情谊关系的标的，故情谊行为符合法律行为的构成要件。[7] 其二，情谊行为具有法律行为的构成要素，即当事人、标的与意思表示；其三，法律可规制和调整这类纠纷。法律应增加调整情谊行为的规范，如规定“当事人因故意、重大过失不履行以增进情谊为目的的无偿行为或者履行不符合约定的，应当承担继续履行、采取补救措施或者赔偿损失等违约责任”[8] 。

（2）类似合同的特别拘束关系

认为情谊行为虽非合同，但双方之间产生与合同关系类似的特别拘束关系。其理由为：其一，情谊关系虽然不产生情谊允诺人的履行义务，但其可以作为情谊受领人“受有利益的法律上原因”，从而排除情谊行为人要求返还或补偿的权利。其二，情谊关系的积极效果使其具有法律关系的属性。在情谊给付过程中，一方向他方开启了权利领域，彼此负有照顾对方人身、财产安全的保护义务，违反这些义务与违反交易接触关系中的保护义务的法律构成相同：对义务违反的认定采与合同法类似的规则，归责标准及赔偿范围则采纳侵权法规则。[9]

（二）情谊行为与合同的区分

如何区分情谊行为与合同法调整的无偿合同，是比较法上一个著名的难题。国内学者多主张采用主观标准与客观标准综合判断。主观标准为当事人是否具有受法律拘束的意思或者缔结法律关系的意图。客观标准如行为所涉利益的性质、行为主体的身份及相互关系、当事人双方的利益状态、行为的情景与发展过程以及当事人的信赖状态等。[10] 有学者提出了社会公共利益标准、无偿性标准、信赖利益标准、所涉事务发生领域标准等一系列客观判断标准。其中，社会公共利益标准既有人身自由的内容，又有维持基本生存权益的财产权内容。无偿性标准和信赖利益标准都属于财产利益标准，所涉事务发生领域是一个综合性的兜底标准。[11]

一些学者还明确主张，这一问题也关乎价值判断。情谊行为与合同的区隔，涉及“法内空间”与“法外空间”。“法外空间”多为国家必须奉行价值中立的领域，其大与小、张与弛，都映照了国家对社会的容让度与国家的治理智慧。如法律多不调整家庭成员之间就家庭事务的

安排，这是因为严格区分公共领域与私人领域是现代国家建构的基础之一，另外，家庭关系是以情感、血缘为基础的，与法律的理性逻辑完全不符。[12]

二　创设法律关系的意图

（一）一般规则

创设法律关系的意图本为英美合同法上的概念，但大陆法系的意思表示、法律行为也隐含了这一概念。它是区分情谊行为与合同的最重要标准。情谊行为的当事人不具有受法律拘束的意思，不具有缔结法律关系的意图。[13]　但它的意义并不限于区分情谊行为与合同，而是区分合同与非合同的一般性主观标准。故晚近以来受到学者关注。

当事人从事法律调整的行为时，法律推定其有创设法律关系的意图。如英美法推定，商事交易的当事人在缔约时，都有创设法律关系的意图。无创设法律关系意图的行为可分为两类：一是法律不调整的行为，包括家庭成员之间的行为及社交行为；二是法律调整的行为，但一方或双方没有创设法律关系的意图，包括君子协定与某些缔约过程中的初步约定。社交行为的当事人可能明示其协议受法律拘束，或通过约定违约金等方式表明这一意思，但法律不应调整，也不应承认这种违约金的效力，否则无异于间接强制履行社交行为。[14]

亦有学者认为，在确定创设法律关系的意图或区分情谊行为与合同时，有两项实体性论证规则：第一，没有足够充分且正当理由时，应否定商事行为的情谊行为属性，肯定法律行为规则对其适用的可能性。第二，没有足够充分且正当理由时，应肯定身份协议的情谊行为属性，否定法律行为规则对其适用的可能性。[15]

（二）意向书

意向书（Letter of intent）的当事人有无创设法律关系的意图，意向书对当事人有无法律拘束力，是实践中极其重要的问题。意向书是对现代交易的复杂性和过程性的回应，它与认购书、订购书、预订书、备忘录、君子协定、临时协议（heads of agreement）、安慰信（letter of comfort）等，都是双方缔约意向或阶段性谈判成果的记载。有学者指出，意向书并非法律概念，只是经济实践中的一种习惯做法。[16]

对意向书是否为合同，学界的看法不同。大体上有“否认说”和“折中说”两种观点。否认说认为，意向书不具有合同拘束力，与存在缔

约义务的预约不同。[17] 这是少数说。折中说是多数说，主张依据具体情况判断意向书的效力。如认为，意向书是多义概念，有时可被解释为双务合同的一项要约，有时可被视为排除合同约束力的预备性协商。在大多数情形，当事人不会认为他们有缔约意图。若意向书明确表达它没有法律上的效力，或当事人对未来的合同条款尚未达成一致时，意向书就并非合同。[18] 或对意向书作广义理解，即泛指合同双方在缔结正式协议前就协商程序本身或就未来合同的内容所达成的各种约定。它通常同时包含程序性条款和实体性条款。前者主要规定当事人协商过程中的权利义务，当事人大致阐明了各自的履行内容及履行顺序，通常应承认其效力；后者主要记录未来正式合同的内容。后者往往伴随排除或限制其效力的附带条款，通常不具有约束力，但从缔约过程或当事人履行行为中可以解释出愿受约束的意思时，意向书本身便是合同。[19] 对不具有法律拘束力的缔约阶段性文件与预约的区分，有学者认为，若当事人使用了“原则上”、“考虑”等词语，即表明当事人没有受其意思表示拘束的意思，合同依然处于谈判阶段。[20]

意向书若不具有法律拘束力，就既不是本约，也不是预约。学界对此并无争议。[21] 此外，若双方明确排除法律约束力的意向书，则不具有法律效力，如直接表明“本意向书不具有法律约束力”、“双方的具体权利义务由正式合同确定”或“本意向书对任何一方都不产生权利或义务”等。[22]

（三）君子协定与戏谑行为

1.君子协定

君子协定是民商事实践广泛适用的一种形式。有学者认为，大陆法系从行为构成的角度进行定义，重在强调君子协议的当事人主观上欠缺设定法律关系的意思；英美法系则从法律效力角度立论，强调君子协定是不具备法律强制力的协议。君子协定广泛适用在不便于司法裁判的领域，可分为三类：家庭成员之间的君子协定、朋友之间的君子协定、其他社会行为中的君子协定。君子协定在商事领域也有一定的适用。[23]

2.戏谑行为

戏谑行为是传统民法中的概念，是指表意人基于游戏目的作出的“意思表示”，但预期对方可以认识到其表示欠缺诚意。有学者认为，这种“意思表示”的受领人主张该行为有效时，行为人可以依据《民法通则》第59条和《合同法》第54条关于重大误解的规定，行使撤销权。戏谑行为人尽到了相应的谨慎义务时，不承担信赖利益的赔偿责任，否则应参照缔约过失责任赔偿对方的信赖利益损失。[24]

三　《合同法》中的“合同”

《合同法》第2条将合同界定为“设立、变更、终止民事权利义务关系的协议”，同时明确排除了对婚姻、收养、监护等有关身份关系的协议的调整。

尽管学界对我国法是否承认物权合同存在争议，但通说还是认为，《合同法》应坚持广义的“合同”概念，即凡以发生私法效果为目的的合意，都为合同。《合同法》也调整合伙、联营之类的共同行为，且人格权也可能通过合同方式行使。广义合同概念契合我国的立法与司法实践，对正确适用法律、解决合同纠纷也有助益。[25]　立法解释也支持这一观点。[26]　或认为，将合同限于债权合同，不仅在理论体系上未臻完善，而且也会带来适用上的困难，其立论基础是我国承认了物权合同。[27]　亦有学者总结了《合同法》上的合同类型：①债权合同；②物权合同，如设立用益物权或担保物权的合同；③准物权合同，如债权让与合同与债务承担合同。在规范领域上，“合同”包括民事合同与商事合同，还包括政府采购合同。[28]

合同法学始终存在一个逻辑问题，即无效合同是否为合同？有学者认为，“合同”应限于有效合同，合同可界定为“按缔约人意志发生法律效力的协议”。不按缔约人意志发生法律效力的协议，无论它是没有法律效力，还是法律效力不符合缔约人的意志，都仅是协议，而不是合同。[29]

四　评论

学界对合同范围的研究，主要集中在两个问题：其一，如何区分法律意义上的“合意”与非法律上的合意；其二，是否包括民事财产领域的全部合同，如物权合同与债权合同、民事合同与商事合同。兹陈管见如下：

1.《合同法》与商事合同

《合同法》采民商合一体制，不区分民事合同与商事合同，如借款合同、委托合同等，有时会产生法律适用难题。此外，对各种多方行为，如股东会决议与董事会决议，合伙协议与公司发起人之间的投资协议，能否适用《合同法》，也存有疑义。在司法实践中，若特别法没有特别规定的，法院往往均适用《合同法》，但多方行为毕竟与合同行为有别，如投资合同中的同时履行抗辩权与违约解除权等，都有自己的特色。能否一概适用《合同法》的一般规则，值得推敲。

2.民事合同与行政合同

行政合同是我国大量存在的合同类型。民法学界多认为，实践中被视为行政合同的合同，其实大多数为民事合同。[30] 我国不宜沿袭法国法上的行政合同制度及其理论，因为其确定行政合同的标准在中国法上均存疑。[31] 实务界人士也提供了区分标准，如合同一方当事人是否行政主体、合同目的是否行政管理或者公共服务、合同内容是否具有行政特权、合同的订立和履行是否受到行政强制等。[32]

中国的行政合同确实有很大一部分本应是纯粹的民事合同，《政府采购法》甚至明确规定，政府采购合同适用《合同法》（当然，缔约程序除外）。但不容否认，即使行政合同的权利义务关系完全为民事法律关系，行政合同几乎也都有强烈的管理工具性质。如国有土地使用权出让合同负载了土地管制功能；强制招投标合同与政府采购合同服务于国家减少公共支出、确保货物与工程质量的行政目的；《农村土地承包合同司法解释》也没有彻底消解将这类合同作为国家农村治理工具的观念。在实践中，行政合同往往通过竞争性缔约程序缔结，尽管民事主体对合同内容可选择的空间不大，但它毕竟体现了双方当事人的合意，因此与民事合同差异不大。

我国行政合同中真正应引起注意的是如下问题：①随着我国国家治理日益强调国家与社会的“合作伙伴”关系，有时本应由公权力机构承担的职责也通过合同方式转由私主体承担。此时需考虑的问题是，公权力何时可以“遁入私法”？有学者指出，公用事业公私合作合同是公私法融合的产物，具有经济法的属性。“为防范政府借助私法手段逃避其应承担的公法义务，以及私人企业损害公共利益，此类合同要接受公法规制。政府应保留一定的行政权力，承担保障与补充责任；基于公用事业本身的公益性与基础性，私人部门也应承担一些公法上的义务，同时也需被赋予一些特权。”[33] 但具体合同中的公与私如何兼容，还需要更明确和可操作性的标准。②行政合同内容的法定不平等。如《土地管理法》规定，土地两年内不开发，政府可以无偿收回土地等。也就是说，在行政合同中，行政主体的民事权利义务关系与行政管理职责往往联系在一起，难以有效切割。③在合同履行过程中，行政合同往往强调按“政策”执行，这就赋予了行政主体过大的自由裁量权。④国家通过设立国有企业行使其提供公共产品的职能（如提供电力、电信服务）时，若没有特殊理由（如自然垄断、涉及国家安全）的，应放开市场准入条件，许可非国有企业的民事主体进入。这类企业与消费者之间的合同也完全是民事合同。

第二节　合同成立与合意形成

一　合同成立的法律性质

（一）合同成立与合同订立

《合同法》使用了“合同的订立”一语，但也有学者采“合同的成立”。通说认为，合同成立与合同订立不尽相同。合同订立描述的是缔约各方自接触、洽商直至达成合意的过程，是动态行为与静态协议的统一体；合同成立则意味着合同产生和存在，故合同订立包括了合同成立，其作品称“合同的订立”[34]。或将合同订立界定为一个动态过程，合同成立为静态过程，故其作品称“合同的成立”。[35]

（二）合同成立与合同生效

通说区分合同成立与合同生效，但其标准有所不同。

其一，法律定性。合同成立侧重于对合意进行事实性描述，合同生效则侧重于对合意内容、形式合法性等价值层面的描述，强调合同内容的合法性。[36]简言之，合同成立是事实问题，合同生效是法律问题。这是非常通行的观点。

其二，构成要件。合同成立产生法律约束力，而合同生效产生狭义上的合同效力。合同的成立要件具有法定性，是由法律统一规定的，当事人不能改变；合同的生效要件除普通要件法定外，特别要件具有意定性，可由当事人作自由的约定，这是附条件、附期限合同存在的法理依据。[37]

其三，制度功能。成立要件的作用是要确定某种民事行为是否属于民事合同、属于何种民事合同；效力要件解决的是已成立的合同应赋予何等法律效力。[38]

将合同成立视为事实问题、合同生效视为法律问题的传统二元观，也受到了一些学者的质疑。质疑的思路有二：一是认为两者都属于法律问题；一是认为两者均属于事实问题。

前者认为，无论是从立法者还是从裁判者的角度看，合同成立都不属于事实判断。合同的成立并非“成不成立”或“是不是”合同的问题，而是“应不应成立”或“应不应是”合同的问题，故合同成立属于价值判断中的规范判断。如果合同成立只是事实问题，就完全否认了合同成立制度的规范效力。而且，事实问题只能受因果律支配，否认合同成立是价值判断问题，在合同成立制度面前，人类将无能为力，无

法改进合同成立制度的立法。[39]

后者认为，合同成立与合同生效的条件并没有实质区别，依法成立或生效的合同对当事人都具有法律约束力，当事人违反依法成立或生效的合同都应当承担违约责任。合同成立与合同生效都属于事实判断，合同有效才属于法律上的判断。“生效”是指合同产生法律约束力，侧重于合同效力的时间，而合同“有效”则指具有法律效力，侧重于合同效力的定性。二者存在着本质区别。[40]

也有学者从民法体系角度出发，认为合同成立与合同生效的区分受到合意交易中的地位、意思主义与表示主义等因素的影响。如在绝对表示主义模式下，只要按照仪式完成言语或动作，合同自然成立生效且完成了履行，达到了完成给付所应达到的效果，合同的成立、生效与履行合为一体。纯粹的意思主义模式一般也不可能区分合同成立与生效，因为内心意思是第一位的，表示只是意思表达的媒介或者证据。只有采意思主义与表示主义折中的立场，才可能区分合同成立与生效。[41]

二　合意形成的判断

（一）合同内容的底线要求

合同是当事人的合意，合同成立则表明当事人达成了合意（仅要物合同例外），而合同包括诸多条款，故合同成立的第一个难题是：当事人必须对哪些内容达成合意，合同才能成立？

1.合同的基本内容

《合同法》第12条规定了合同的内容。它首先确立了合同内容适用契约自由原则，即“合同的内容由当事人约定”；其次对合同内容提供了建议：“一般包括以下条款……”与《担保法》对合同内容的规制（如其第39条规定：“抵押合同应当包括以下内容……”）相比，《合同法》对合同内容的要求已相当宽松，契合鼓励交易宗旨。

学界多接受大陆民法的传统理论，将合同内容分为要素、常素与偶素。要素就是合同的必要条款，即依据合同性质与当事人的约定必须具备的条款，它们设定的权利义务决定了合同的性质。要素的明确、具体是合同成立与生效的条件。[42]　但也有学者采取不同的术语。如将合同内容分为必要之点与非必要之点：前者指某一合同所不可缺的元素，如买卖合同中的标的物及价款、雇佣合同中的劳动提供及报酬；后者包括“常素”（经常构成某种合同内容的元素）与“偶

素”（因当事人特别表示而成为合同的内容）。[43] 或将合同条款分为提示性条款、主要条款与普通条款。提示性条款是《合同法》第12条规定的较为完备的条款；主要条款是合同必备的条款，由法律、合同性质或当事人决定；普通条款则是主要条款以外的条款。[44]

2.合同内容的底线要求

学界对合同内容（条款）的共识是：合同内容取决于契约自由，具备最核心的条款即可成立。基于这一立场，对《合同法》第12条的倡导性条款，也有学者提出批评："立法者对合同订立者的呵护之心由此可见。第12条的规定因此充分反映了立法者对合同订立者的家长制作风。但是，由《合同法》第61条和第62条的规定看，立法者在第12条所表现出来的家长制作风似乎又是多余的。"[45]

因为合同种类繁多，当事人的约定也千差万别，合同的要素或必要条款到底有哪些，学者通常并不直接界定。值得注意的是，《买卖合同司法解释》第1条规定，当事人对合同是否成立存在争议的，若能确定当事人名称或者姓名、标的和数量的，一般应当认定合同成立，但法律另有规定或者当事人另有约定的除外。对合同欠缺的前款规定以外的其他内容，当事人达不成协议的，应依照合同法第61条、第62条、第125条等确定。它将必要条款限于标的与数量条款，而将价格条款排除在合同的必要条款之外，并规定了欠缺条款的填补方法。在该司法解释通过之前，就有学者认为，要约"只要具备了三个基本条款，即可认定其具备了合同成立的基本要素：当事人条款、标的条款以及数量条款。因为，除此之外的其他条款均可通过合同法的补充性规定予以确定"[46] 。其立论虽然基于要约，但也间接表明了合同的要素或必要条款是标的与数量。

与此有关的问题是，如果某一合同缺少一些条款，到底是不成立，还是成立并适用合同补充制度？《合同法》第61条补充的合同条款种类繁多，如价款与酬金、履行期限与地点等，但没有明确哪些合同可以补充哪些条款。有学者将《联合国国际货物销售公约》（以下简称"CISG"）第14条与第55条同《合同法》第14条与第61—62条相比较，认为CISG 第14条将价格的确定性（明示或默示地规定价格或规定如何确定价格）作为要约有效性条件之一，又在第55条假设了合同没有价格条款时应如何补充，这"常常被认为其静态内容上存在着明显的矛盾，并可能由此产生动态适用上的难题"。CISG规定的合理性之一在于，有些合同未必采用"要约—承诺"机制订立，它们若欠缺价格条款的，自然适用CISG的第55条。但是，《合同法》第14条没有像CISG那样，对要约"内容确定性"的构成要素作最低限定，也并没有明确规定要约必须要具备标的、数量和价格"三要素"。结合《合同

法》第12条，应认为《合同法》的规定比“三要素”更低，即不包括价格条款。但在司法实践中，法官根本无法同时兼顾《合同法》第14条和第61—62条的规范要求，往往无视第61—62条中的“合同生效后”这一适用前提，而只顾及其中的价格补救机制，并以此“促成”合同的成立。[47]

（二）合意形成的判断

合同是当事人的合意，也意味着一旦当事人达成了合意，合同就成立，故合同成立的第二个难题是：合意的标准应如何确定？

1.合意形成与合同条款

合同成立的合意，究竟要求当事人对合同全部内容达成一致还是对合同必要内容达成一致，《合同法》并未提及。但学界均承认，合意的形成只需要当事人对合同必要内容达成一致即可。对非必要之点未合意或未达成合意的，应采取如下规则：若当事人已明确要求就非必要之点达成合意，合同始成立的，则合同不成立；否则，按照鼓励交易精神，推定合同成立。[48] 另有学者指出，国际贸易形成的规则是：当事人就交易的主要条款协商一致，就已形成合意，合同成立。只要当事人有意订立合同，即便特意将一项条款留待日后谈判或由第三人确定（特意待定的合同条款），也不妨碍合同成立。若当事人未能就待定条款达成一致或第三人未予确定时，但在具体情形有可选择的合理方法来确定条款的，合同的成立也不受影响。[49]

当事人没有对合同全部条款达成合意的，并不一定影响合意的形成与合同成立。有学者指出，合同条款的缺乏与合同成立有直接关系，但与合同效力没有直接关系。除非当事人在合同中明确约定，如果合同缺少某一条款将导致合同不能生效，那么缺少该条款将会直接影响合同的生效。[50]

2.合意形成的判断

对合意形成的判断应采表示主义还是意思主义，学界观点不尽相同。如有学者认为《合同法》以表示主义为原则，仅在合同因欺诈、胁迫等原因不成立时采取意思主义，所以“合意”在原则上应指双方当事人表示内容一致、对合同条款在客观上意思表示一致。合意内容与内心效果意思不一致时，不是合同成立问题而是合同效力问题，可根据重大误解等制度处理。[51] 但也有学者认为，意思主义与表示主义都过于极端：表意人因受欺诈、胁迫等作出意思表示时，应考察当事人表达的意思是否符合其真实意思。但是，因为表意人的内心意思往往难被局外人察知，如果行为人随时以意思表示不真实为理由主张合同无效，合同的效力就会随时受影响，对方的利益也会因此受到损

害。[52]

合同法作为裁判法，采取的是“if - then”思维模式。有学者指出，在私法领域，刚性的“要件—效果”模式，易导致个案的非正义，因此私法效果应做必要的弹性化处理，这可以通过要件的动态化实现。就合意而言，合意与否、错误与否的判断，需在信赖合理性与归责性比较权衡的基础上透过合同解释来完成。合同解释为要件的动态化提供了场域。在合同解释中，通过信赖合理性和归责性要件动态化的比较权衡，可分别得出四种私法效果弹性化的类型：不合意且无责任、不合意同时承担缔约过失责任、合意且有错误而可撤销、合意虽有错误但不可撤销。[53]

三　预约

（一）预约的界定及其功能

《合同法》并没有规定预约，但学界一直承认预约的效力，并将本约与预约作为合同的重要分类。预约指约定未来订立一定合同的合同；本约则为履行该预约而订立的合同。《买卖合同司法解释》第2条规定了预约制度：“当事人签订认购书、订购书、预订书、意向书、备忘录等预约合同，约定在将来一定期限内订立买卖合同，一方不履行订立买卖合同的义务，对方请求其承担预约合同违约责任或者要求解除预约合同并主张损害赔偿的，人民法院应予支持。”其目的是“固定双方交易机会，制裁恶意预约人”[54]。

对预约的制度价值，学者从不同角度作了阐释。如认为当事人达成预约的最直接目的就是固定交易机会；[55] 合理分配缔约风险、降低缔约成本；[56] 适应现在交易的复杂性与合同谈判的长期性。[57] 也有学者从缔约自由角度分析，认为在缔约过程中，只有在特定情形，当事人才例外地负有磋商义务。早期预约制度之所以能在德国和意大利确立和发展，某种程度上恰恰就是为了弥补缔约过失理论的不足。[58]

（二）预约的构成要件与认定

1.构成要件

对预约的成立要件，学界多使用较抽象的术语表达。如认为它包括四个要件：其一，必须双方完成要约承诺过程，达成了合意；其二，必须就合同主要条款达成一致；其三，预约的内容必须确定；其四，预约的内容主要在于使当事人承担订立本约的义务。[59] 司法实践则认为，预约应当具备合意性、约束性、确定性和期限性四个基本

特征。[60]

2.认定

（1）预约与附条件合同的区分

在理论上，预约与附条件的合同的区分较为明显。预约与本约都可约定条件。有学者采用了实用方法区分：合同中有“订立正式合同”文句，为附生效条件买卖合同预约；有“合同生效”文句，为附生效条件的买卖合同本约。[61]

（2）预约与本约的区分

这是理论与实务共同的难题。学界提出了多种思路。首先是判断当事人的真意。[62] 预约合同的认定不能仅凭内容确定性标准，关键在于当事人是否有明确的未来订立本约的意思。非预约的认购书、订购书、预订书、意向书、备忘录等，需根据情况具体判断其法律性质和适用规则。[63] 当事人的合同虽名为预约，但实际上约定了本约主要内容的，应直接界定为本约，但下列情形例外：其一，当事人明确约定该预约只能作为预约，即使未来没签订本约也如此；其二，预约具备标的物、价款（酬金）等合同主要条件，但欠缺付款方式、担保方式等事项，此后双方一直协商但无法达成一致的；其三，在第二种情形，缔约后发生了情势变更，双方无法缔约。[64]

若真意无法确定时，学者多建议，若合同要素已经明确合致，已无另订合同的必要，应认定为本约。[65] 其原因是，订立预约在交易上系属例外，故有疑义时，宜认定为本约。[66]

（3）预约与试用买卖的区分

试用买卖是否成立，取决于买方的意志。有学者指出，试用买卖符合单务预约的基本特征，因为当事人的义务并不是买卖，而是缔结买卖合同。该合同对出卖人单方有形式拘束力，在买受人行使承认形成权后，试用买卖转化为买卖，买卖就从预约转化为本约。[67]

《商品房买卖合同司法解释》第5条对商品房认购、订购、预订等协议认定为正式的商品房买卖合同，做了极其严格的限制。它规定，商品房的认购、订购、预订等协议具备《商品房销售管理办法》第十六条规定的商品房买卖合同的主要内容，并且出卖人已经按照约定收受购房款的，该协议应当认定为商品房买卖合同。另有学者指出，《商品房买卖合同司法解释》第5条规定过于绝对化，应当允许当事人通过意思表示排除预约转化为本约。[68]

（三）预约的类型

预约包括哪些类型，学者见解不一。除了双务预约与单务预约这种传统分类外，有学者按照其形态分类，认为它包括四种：①优先性协议（法国法上的概念，与英美合同法上的选择权合同类似）；②意向书；③草签协议（备忘录）；④附条件合同。[69] 也有学者指出了与预约功能类似的其他方法，包括：①确定的要约，即订立较长的承诺期间，使相对人可随时承诺而成立合同；②选择权合同，即赋予当事人可依其单方的意思表示，使合同发生效力的权利；③订立附条件或期限的合同。[70]

（四）预约的效力

关于预约的法律效力，有必须磋商说、应当缔约说、折中说、内容决定说等观点。

1.必须磋商说

该说认为，预约的效力只是赋予双方诚信与持续磋商的义务。在双方履行这一义务后，仍不能订立本约的，双方均可以解除预约合同，“因为预约中是强制双方磋商，而不是强制双方缔约”[71]。

2.应当缔约说

该说认为，“如果预约的一方当事人不履行其订立本约的义务，则另一方有权请求法院强制履行义务及承担违约责任”[72]。最高法院也倾向于应当缔约说：“预约订立后，预约双方须依诚信原则进行磋商，除不可归责于双方的事由外，应当缔结本约，否则将承担违约责任。”[73]

对于上述两种观点，有学者认为，必须磋商说和应当缔约说并不存在根本区别。区别仅在于，前者侧重描述过程，后者侧重描述结果。[74]

3.折中说

如认为在买方市场条件下，“必须磋商说”侧重保护买方的利益，“必须缔约说”则有利于卖方。认定预约的效力，关键在于区分预约是否包含了未来本约的主要条款：如预约不包含本约主要条款，表明当事人对本约主要内容还没有形成共识，采“必须磋商说”比较合理；若预约中已具备了本约的主要或者必要条款，则产生应当缔约的效力。[75] 或认为，必须磋商说的基础是契约自由，即法律不能强制任何人达成意思一致，否则就是最大的意思不自治。应当缔约说则以契约严守为出发点，预约的目的是在将来就特定事项签订本约合同。但如果预约当事人只有磋商义务，会诱发恶意缔约的道德风险，因为只要当事人不愿意订立本约，均可通过流于形式的磋商，避免承担任

何责任。预约效力的选择应寻求平等保护双方交易机会与意思自治的平衡。信赖保护原则可以有效实现这一平衡。在实践中，可依据《合同法司法解释二》第1条，若预约具备该条规定的必要条款时，可采用必须缔约说；若不具备，则采必须磋商说，由双方进一步协商。[76]

此外，预约仅生债的效力，不能对抗第三人。如买卖预约之出卖人将预约标的物出卖给第三人，预约买受人不得主张该买卖合同无效。[77] 但也有学者认为，既然《物权法》第20条第1款规定了预告登记制度，基于保障买受人利益的相同法理，应对该条中的“买卖房屋或者其他不动产物权的协议”作扩大解释，将不动产买卖预约合同纳入调整范围。[78]

（五）预约的违约救济

1.实际履行

预约能否强制执行，分为两个层面的问题：一是预约权利人能否请求强制订立本约？二是在当事人未订立本约时，预约权利人可否直接请求法院按照应订立的本约的内容强制执行？

（1）能否强制订立本约？

肯定说认为，预约权利人可以请求法院强制订立本约。但是，若订立本约将导致当事人利益严重失衡，或违背当事人订约的真实意图，应许可当事人基于情势变更原则撤销预约。[79] 此外，强制签订本约并非允许强制当事人履行本约下的义务。[80]

否定说则以《买卖合同司法解释》第2条为例，认为预约权利人不能请求强制履行订立本约。其理由是基于合同自由原则，法院强制当事人订立买卖合同，将剥夺当事人的意思自由。因此，强制订立本约，属于《合同法》第110条第1项规定的“法律上不能履行”。[81]

（2）能否按照本应订立的本约内容履行？

预约双方没订立本约时，一方能否依据本应订立的本约内容，请求法院强制对方履行，是司法实务中的重要问题。有学者认为，对预约能否实际履行不能一刀切。决定预约能否履行的关键因素，并不是合同存在多少未决事项或预约是否包含了本约的主要内容，而是未决事项的性质。未决事项可以分为两种：一是主观未决事项，即当事人主观上就待决事项的内容无法达成一致，希望未来明确的事项。法官不能代替当事人补全，否则有违意思自治。二是客观未决事项，即双方因为客观障碍在订立预约时无法达成共识的事项。法官可以利用合同解释的客观规则补全本约相关内容，当事人可请求实际履行。[82]

2.损害赔偿

对违反预约的损害赔偿范围，学界有两种观点。

一是限于本约的信赖利益。理由是预约处于订立本约的先契约阶段。违反预约的行为既违反了预约，也可是本约的缔约过失行为。预约的损害赔偿相当于本约的信赖利益损失，以不超过履行利益为限。信赖利益通常包括所受损失和所失利益。所受损失包括缔约费用、准备履行所需的费用、已给付金钱的利息等；所失利益主要是另失订约机会的损害。[83]

二是主张依具体情景决定。其思路是将预约作为本约缔约阶段考察，违反预约的赔偿范围取决于缔约所处的状态，根据违约行为所侵害的债权人利益的大小及违约行为和损害之间的因果关系判断，并适用《合同法》第113条的可预见性规则。交易越成熟、越接近本约的订立，损害赔偿就越靠近本约履行利益的损害赔偿。相反，则越靠近信赖利益的损害赔偿，甚至不作赔偿。[84]

（六）预约的立法论

鉴于《合同法》没有规定预约制度，一些学者从立法论角度阐述了这一问题。对预约制度在法律中的位置，有学者认为预约合同具有一般契约的属性，故可将其规定在债编总则或者合同法的总则。[85]

对预约制度的具体规定，有学者认为，对条款充实的预约合同，赋予必须缔约的法律效力；对条款不充实的预约合同，赋予必须磋商的法律效力，同时规定预约合同的归责原则、举证责任及适用的一般原则。[86] 对预约合同的归责原则，学者见解不同。或建议预约的法律规则应以诚信公平原则和先契约责任规则为中心，促使预约合同当事人本着诚实信用的原则，尽最大努力公平谈判，缔结本约；[87] 或建议采严格责任。[88]

四　评论

合同成立关涉契约自由、信赖保护、鼓励交易等价值，在法技术层面也有诸多问题值得深入讨论。兹就以下问题，略陈管见。

1.合同成立与合同生效

（1）区分合同成立与合同生效的意义

理论界一直有观点认为，区分合同成立与合同效力没有实际意义。[89] 从实际效果看，两者确实基本相同，因为合同不成立的，根

本无法进入第二层次的效力评价。但从思维逻辑看，合同效力问题的判断，以当事人之间是否存在合意为前提，故两者处于不同的层次。此外，在未生效合同（附条件与附期限合同、未经行政审批的合同）中，成立与生效的区分也很明显。

（2）合同成立是否为法律问题

合同成立与合同效力均为法律问题。因合同的成立涉及合意的存在及合意的内容，两者的判定都涉及法律规范。如最高法院《合同法司法解释二》第1条规定，合同若具有标的与数量条款的，可认为合同成立。这种最低限度的合意内容无疑是法律判断的结果，单纯依据事实是无法得出结论的。毕竟，“具备什么情况才可被认为达成合意”取决于立法者的意志，蕴涵了立法者价值取向的规范判断。[90]

《关于民事诉讼证据的若干规定》（法释［2001］33号）第5条第1款规定，主张合同关系成立并生效的一方当事人，对合同订立和生效的事实承担举证责任。《买卖合同司法解释》第1条规定了当事人之间没有书面合同这种优势证据时，可以依据送货单、收货单、结算单、发票等主张买卖合同的成立。这两条规范的性质相似。其目的是分配合同是否成立的举证责任，并非将合同成立作为事实问题。

2.不完备合同中的不缔约的自由与信赖保护

意向书等缔约阶段性文件能否被认定为合同、预约能否被认定为本约、不完备合同能否填补，涉及两种对立价值：一是不缔约的自由，这是契约自由的题中之意；一是相对人的信赖利益。

在这方面，值得关注的是最高法院的三个司法解释的相关内容：其一，《买卖合同司法解释》第2条将认购书、订购书、预订书、意向书、备忘录等作为预约合同，若它们“约定在将来一定期限内订立买卖合同”的，一方不履行订立买卖合同的义务，对方可请求其“承担预约合同违约责任或者要求解除预约合同并主张损害赔偿”。其二，《合同法司法解释二》第8条明确规定，对须经行政审批才能成立（生效）的合同，一方不履行报批义务的，法院可判决义务人承担报批义务。其三，《合同法司法解释二》第1条将合同成立的标准降低为只需要合同标的条款与数量条款，“对合同欠缺的前款规定以外的内容，当事人达不成协议的，人民法院依照合同法第六十一条、第六十二条、第一百二十五条等有关规定予以确定”。上述规定的出发点都在于鼓励交易，尽可能促成合同的成立，但也引发了如下需要深思的问题：

（1）要约的确定性与合同补充制度的冲突

一方面，《合同法》第14条要求要约的内容具体确定；另一方面，《合同法》第61—62条的合同补充规定又以合同生效为前提。按《合同法司法解释二》第1条，合同仅具备标的和数量条款的即可告成立，其他条款则适用合同补充制度。是否可以得出这样的结论：要约只要具备了标的和数量条款，就堪称“内容具体确定”？

（2）不完备合同与合同补充的限度

一个合同若只有标的物条款与数量条款，往往还不如意向书、备忘录等阶段性缔约法律文件详细，按《买卖合同司法解释》最多能认定为预约，按《合同法司法解释二》却可能认定为正式合同。这在价值衡量上是否妥当，值得考虑。若认定为合同的，法院应适用《合同法》第61条关于合同补充解释的规定，填补合同其他条款，虽然鼓励了交易，但有法院代当事人订立合同之嫌，往往会忽视当事人的真意。因为当事人的真意可能是，为自己留一段时间充分考虑是否最终缔约或斟酌合同内容。

依新古典主义合同观念，法院可以对合同作必要的补充、解释并限制某些条款的效力。它通过构建可预见的、有弹性的合同理论，平衡双方的合意与公共管制，以在个案中满足双方商业上的合理利益。法官在何种程度上可以补充不完备合同，使其成为正式合同，涉及鼓励交易与合同自由、公权与私权的冲突。[91] 在价值权衡上，要协调不缔约自由与信赖保护，最好的办法是结合当事人缔约的过程与交易的性质，分析当事人的真意。原则上，当事人有随时中断缔约的自由，但双方的谈判已完成、最终合同文本即将瓜熟蒂落时，一方不订立合同的，承担缔约过失责任，甚至直接承担拟定的本约义务，或承担报批义务以使合同成立（《合同法司法解释二》第8条），均无可厚非。总之，缔约阶段性文件或预约的效力范围，最终取决于诚信和公平原则的适用。在司法实践中，最重要的是避免机械适用上述司法解释，《合同法司法解释二》第1条明确规定“一般应当认定”而非“应当认定”合同成立，其宗旨即在于此。

3.合意、错误与合同成立

在当事人一方或双方因对交易关键事项的认识错误（单方错误、双方错误与共同错误）而缔结合同，双方都认为已经达成合意，但要约和承诺的内容并不一致时，合同是否成立，颇费思量。如一方误以为A物为B物而缔约；双方均以为标的物为赝品（实际上是真品）而缔约等。此际，双方的合意是没有成立，还是成立但可适用错误制度？

为兼顾意思自治与信赖保护，宜采合同风险分配不利于过错者规则。即：①首先依客观解释进行解释，若表意人的真意和客观表示不

一致，应按照表示的规范意义（社会的通常理解），结合交易情境、当事人在交易中的往还过程等因素，决定意思表示的内容。②若不能决定意思表示内容的，则应认定双方没有形成合意，合同不成立，自然不适用错误制度。

第三节　要约与承诺

一　要约

（一）要约的构成要件

《合同法》第14条规定了要约的定义及其要件。通说认为，要约的要件有四项：其一，要约须是特定人所为的意思表示；其二，具有缔约意图；其三，内容具体、确定；其四，须向相对人发出。[92]　亦有学者将要约必须到达受要约人作为要约的生效条件。[93]　关于要约，学界的讨论主要围绕如下问题展开：受要约拘束的意思、内容具体确定、向特定人发出。

1.受要约拘束的意思

要约是希望和他人订立合同的意思表示，它必须表明经受要约人承诺，要约人即受该意思表示约束。这是要约最重要的特征。除了表示受拘束的意思外，有学者认为，要约还必须表明要约人“放弃最后决定权的旨意”，即要约人向受要约人提出了订立合同的建议后，就应将是否成立合同的最后决定权留给对方而不是自己。附保留条件的建议不应视为要约。但为了保护消费者的利益，公共事业发出的附有保留条件的建议，视为要约。[94]　此外，在要约的客观含义与要约人的主观意图不一致时，因《合同法》对合同成立原则上采“表示主义”，故应依客观标准解释。[95]

《合同法》第14条仅规定了“受意思表示约束”，并没规定当事人排除意思表示拘束的效力。但在实践中，当事人可能在其发出的意思表示中明确表明“不受拘束”的意思。有学者认为，对第14条宜作扩充解释，即约束不仅指完全受该意思表示的约束，还指愿意受该要约约束，但在一定条件下可排除。若当事人明示其“不受拘束”的，法院应奉行鼓励交易原则，尊重当事人意志，根据具体案情，结合当事人订约过程中的一切细节来确定其性质。首先应判断它是否符合要约内容的确定性要求。其次，应考察“不受拘束”条款与表意人受意思表示拘束的意思之间的关系：其一，若该条款使表意人完全排除了意思表示

的拘束力，应将该意思表示定性为要约邀请；其二，并未完全排除意思表示对表意人的拘束力，而仅赋予表意人在一定条件下撤销意思表示的权利的，则宜将其定性为保留撤销权或解除权的要约；其三，若该条款仅表明表意人欲将该条款作为合同成立的条件，则宜将其定性为附条件要约，合同成立后作为对合同所附条件。[96]

2.内容具体确定

合同的内容实质上是由要约的内容决定的，因此，要约的内容必须具体确定。这是区分要约与要约邀请最核心的标准。“确定”是指内容明确，有学者认为，还应包括要约的内容必须是最终的、无保留的。[97] 或指出，其标准应为：受要约人只须回答“同意”即可构成承诺，合同即可按要约人确定的条件成立。但是，根据法律推定、商业惯例及合同解释原则和方法等因素可以确定的合同条款，不应作为要约的必要条件。因此，只要包含了标的与数量，就应当认为是“十分确定”，就是有效的要约。[98]

3.向特定人发出

要约通常向特定的相对人发出，若向不特定人发出的，是否构成要约，学界看法不同。

否定说的理由是：其一，向公众发出的订立合同的建议，不过是唤起人们缔结契约的意识，即由他人提出要约；其二，向公众发出的要约均暗含了保留条件，即发出人有选择相对人缔约的权利。[99]

折中说则认为，要约在特定情形也可以向不特定人发出，但应符合如下两个要件：其一，必须明确表示其作出的建议是一项要约；其二，必须明确承担向多人发出要约可能引发的责任，具备在订立合同后向不特定的受要约人履行合同的能力。[100] 或认为，“受要约人特定”规则过于保护要约人，反之，“受要约人不特定”规则却会伤害要约人，所以应综合衡量两者利益状态。“不特定要约”的适用条件为：其一，包含合同必要条款，且内容确定、清楚。其二，其条款明示其为要约，或根据环境、文意可以合理推断其意思为要约，或不需进一步接洽即可采取某种行动。[101]

（二）要约与要约邀请

1.要约邀请的性质

关于要约邀请的法律性质如何，学界形成了对立观点。两种学说的核心差异在于强调的侧面不同：“事实行为说”强调要约邀请的效果由法律直接规定；“法律行为说”强调要约邀请为当事人的意思表示。

（1）事实行为说

该说认为，要约邀请是具有一定法律意义的事实行为，其法律意义体现为：第一，在特殊情况下有可能转化为合同的内容；第二，某些特殊的要约邀请有一定的法律意义；第三，邀请人违反先合同义务，造成对方当事人信赖利益损失的，应承担缔约过失责任；第四，邀请人虚假陈述的，可能构成欺诈。[102] 要约邀请作为一种事实行为具备法律意义，既有利于维护要约邀请双方合同接触、磋商的积极性，又能有效保护受害方的利益，可谓意思自治原则与诚实信用原则利益平衡的结果。[103]

（2）法律行为说

该说认为，要约邀请包含了当事人订约的愿望和交易条件，并非事实行为，而是可以发生实质拘束力和形式拘束力的法律行为。[104]

2.要约与要约邀请的区分

对要约与要约邀请的区分，有学者将其概括为法解释和法适用问题，而且认为，“期望依据《合同法》第14条的规定来划清要约和要约邀请间的楚河汉界是不现实的”[105] 。至于具体标准，法有明文的，自然依其规定；法无明文时，学者提供了一些具体标准，如：按照当事人意愿、内容是否包括了合同的主要条款、相对方是特定人还是不特定人、当事人的交易习惯等。[106] 或详细表述为：其一，意思表示的内容明确的，一般为要约；不明确的，为要约邀请。其二，意思表示不重视当事人的资格、标的物的性质的一般为要约；重视的，一般为要约邀请。其三，依交易习惯、社会的一般观念加以判断。其四，交易习惯常常体现了缔约人的意愿。这种判断通常采取综合标准。如出租车开启空车标志，应构成要约，乘客招手示意为承诺，出租车司机拒载的，成立违约责任。这不仅符合现行法，而且有助于纯化社会风气，有利于减少乃至杜绝拒载现象。[107]

《合同法》第15条明文规定招股说明书为要约邀请。但有学者认为，招股说明书的性质应为要约。招股说明书主要包括信息备忘录和招股章程两种，信息备忘录送达后构成以直接要约方式进行售股的要约；招股章程的披露同样构成要约。[108]

3.要约邀请与合同内容

在合同没规定要约邀请的内容时，能否判定合同纳入了其内容？一些学者持肯定态度。如认为，一项意思表示若因欠缺主要条款不构成要约时，只要后来的要约、承诺或合同未明确排除（即使没有明确约定）该意思表示的，该意思表示也可能被认为已经订入合同。[109]

或将其抽象为“容纳规则”：要约邀请的内容如果不被要约所否定，则自动纳入要约；要约的内容不被新要约所否定，自动纳入新要约。未来的民法典应明确规定容纳规则：其一，要约邀请明确邀请人义务的，邀请人应当遵循该义务；其二，明确邀请人义务的要约邀请规定要约期限的，该要约邀请属不可撤销的要约邀请；其三，要约邀请的内容被要约、承诺承受的，构成合同一部分。[110]

《商品房买卖合同司法解释》第3条规定了要约邀请与要约、合同的关系，即商品房的销售广告和宣传资料一般构成要约邀请，但出卖人“就商品房开发规划范围内的房屋及相关设施所作的说明和允诺具体确定，并对商品房买卖合同的订立以及房屋价格的确定有重大影响的，应当视为要约。该说明和允诺即使未载入商品房买卖合同，亦应当视为合同内容，当事人违反的，应当承担违约责任”。但有学者认为，该规定中的“视为要约”用语不妥，因为该说明和允诺本身即为要约。《合同法》应增加规定：“要约邀请的内容如果未被要约、承诺否定，则该内容容纳为合同内容的一部分。要约邀请中明确了邀请人义务的，要约邀请人应当遵循该义务。”[111]

（三）悬赏广告

悬赏广告的性质为要约还是无须承诺的单方法律行为，是学界有名的争议问题。学界形成了两种截然不同的观点。

1.单方行为说

单方行为说主要从价值衡量角度理论。其核心理由主要是两点：其一，采单方行为说，广告人在广告发出后受广告拘束，广告一经发出即不得随意撤回；而采合同说，广告撤回较为便利。其二，采单方行为说，限制行为能力人和无行为能力人在完成广告所指定的行为后可以获得报酬，因为任何人完成广告指定的行为都是事实行为，极大地减轻相对人在求偿时的举证负担；而合同说则以行为人具有相应的行为能力、明知悬赏广告的存在为前提。此外，合同说还会造成一些难题，如相对人完成指定行为后能否适用同时履行抗辩（如交付拾得物与支付报酬）等。[112] 或认为：“悬赏广告不是要约。因为将悬赏广告为单方法律行为之性质解释为附停止条件的单方法律行为，无论从逻辑判断还是价值判断方面，均具有合理性。而且，即使为单方法律行为也是可以撤销的。”[113]

2.要约说（合同说）

在2000年以前，学界多主张要约说。[114] 此后，依然有不少学者坚持要约说，认为悬赏广告是向不特定人发出的要约。[115] 针对单方行为说的价值衡量立场，要约说认为，行为人在不知悬赏广告的情形

完成广告指定的行为、限制行为能力人或无民事行为能力人完成指定行为时，可否请求支付报酬，可适用以行为作出承诺的规则，作出客观解释，而不过分关注行为人的主观状态，即可在相当程度上解决该问题。“即使不同意这种做法，鉴于行为人知与不知悬赏广告，以及是否有行为能力，利益状态相当，自无异其效果的道理，法律上可作出特别规定，许以请求支付报酬。”[116]

对这一持久争议，有学者指出“我国学者对于悬赏广告问题的研究具有明显的‘知识或理论建构’的趋向……悬赏广告在事实构成上符合要约的要素，在其他法律对其未作特别规定时，与其为了理论的完美性一味地抓住单独行为说不放，不如以《合同法》关于合同订立的规则为基础，为法官解决悬赏广告问题构造出坚实的规范基础”[117] 。

《合同法司法解释二》第3条明确规定悬赏广告作为一种缔约方式，在司法实践中选择了要约说。

（四）要约的效力

1.要约拘束力的来源

要约的效力分为形式拘束力和实质拘束力，前者指要约人在要约存续期限内不得撤销或变更要约；后者即要约生效后受要约人取得承诺的资格，可通过承诺方式成立合同。

对要约拘束力的来源，学者的总结不同。如将其归结于要约的意思表示性质，要约发出后，直接影响到要约人与受要约人的利益和交易安全。[118] 或认为其来源于两个因素：一是要约人受要约拘束的意思，二是对受要约人合理信赖的保护。在区分缔约责任和违约责任的前提下，对要约法律效力的分析应限于合同成立之前，而不能在合同成立后进行推定。要约对要约人的效力表现为不得擅自撤销要约。对受要约人的效力表现为受要约人相对于第三人获得了一种承诺资格，这种资格更类似一种自由，而非权利。因此，它对受要约人的效力称为“实质拘束力”不妥。[119]

还有学者接受了英美学者的观点，认为合同义务并非由当事人的协议产生，而是产生于当事人在其契约性声明中承诺的义务，承诺人的声明与要约人的期望是一致的。[120] 其要义可能是：合同拘束力产生并非基于当事人的合意，而是当事人的单方行为——要约或承诺。可能基于此，有学者认为，要约不能附生效条件，因为它排除了要约的拘束力，受要约人能否取得承诺适格的地位，需视条件是否成就而定。[121]

2.要约生效的时间

《合同法》第16条第1款规定，要约到达受要约人时生效。学界对此甚少争议。流行的观点认为，在比较法上，要约生效的时间有三种：发信主义、到达主义和了解主义。但有学者以比较法为基础，认为在要约生效问题上，两大法系表面上需调和，实质上无须调和。《联合国国际货物销售合同公约》和《国际商事通则》在文义上采对价主义，辅之以例外规则，实质上采到达主义。《合同法》第16、17条采到达主义，没有除外规定，第14、18、19条采对价主义加例外，自相矛盾。此外，《合同法》有些条文表面上不涉及要约生效起始时间，实际上也是相关规定。如第14、17、18、19条，在文义上，它们与第16条均不冲突，但在法理上却存在冲突。冲突的原因在于，《合同法》对要约、法律行为、合同、生效、撤回、撤销等基本概念尚未完全澄清。[122]

3.要约人或受要约人死亡、丧失行为能力

要约人或受要约人在缔约过程中死亡或丧失行为能力时，要约或承诺的效力是否受影响，中国法未明文规定。学者见解不同。如认为要约人在要约发出后死亡的，不影响合同成立；受要约人死亡或丧失行为能力的，要约失效。[123] 或主张区分要约或承诺是否具有人身属性、要约人或受要约人有无相反意思等情形，来决定要约或承诺的效力。中国法应规定要约或承诺的效力一般不受要约人或受要约人死亡或丧失行为能力影响，将其作为普遍规则。这体现了对表意人意思表示的尊重，还能促进交易。[124]

（五）不得撤销的要约

要约的撤销与撤回都是对要约形式拘束力的减损。《合同法》第19条规定了要约不得撤销的情形：其一，要约人确定了承诺期限或者以其他形式明示要约不可撤销；其二，受要约人有理由认为要约是不可撤销的，并已经为履行合同做了准备工作。学界对该条的研究重点为如下几个问题：

1.撤销事由

《合同法》第18条规定，要约原则上可以撤销，但撤销要约的通知应当在受要约人发出承诺通知之前到达受要约人。《合同法》第19条对不得撤销的范围作了严格限制。有学者认为，这种立法例几乎将“要约人受其要约的约束”的一般规则“连根拔起”。为尊重要约人的缔约自由，维护受要约人对合同成立的正当期待，在解释论上，应以限制要约撤销为出发点，放松对第19条的适用。[125]

对《合同法》第19条规定的“受要约人有理由认为要约是不可撤销的，并已经为履行合同做了准备工作”，有学者指出，不得以受要

约人自己的表示、受要约人的实际认识能力为判断标准，而应以一个理性人的能力作为标准。[126] 此外，若行为人已开始实施广告中规定的行为，并有理由证明其能在广告规定的期限内完成广告中指定的行为的，应不许撤销广告。[127]

2.违法撤销要约的效力

违法撤销要约的效力，是晚近学界的热点问题。学界观点也存在对立，可概括为如下三种：

（1）合同不成立说

该说认为，《合同法》第19条对要约不得撤销的规定，并非禁止要约人撤销要约，即并不否定要约人的撤销权。受要约人违反第19条撤销要约的，须负缔约上的损害赔偿责任。[128] 也就是说，此时合同不成立，受要约人应承担缔约过失责任。

（2）合同有效说

该说认为，《合同法》第19条规定的“不得撤销”，实为“禁止撤销”，是禁止性规定。其理由是：其一，将不得撤销解释为要约人有权撤销，只是承担缔约过失责任，无法合理解释《合同法》第20条规定的要约失效的“依法”要件。依据第20条，要约只有依法撤销时，才产生要约失效的效力。其二，《合同法》第19条与第42条规定的缔约过失责任明显有别。因为要约的效力在于要约人受其拘束、受要约人可以依承诺而成立合同，对不得撤销的有效要约，若受要约人作出有效承诺，合同即告成立。若受要约人拒绝或在期限内未作出承诺，或对要约内容作出实质性变更，要约即失其效力。在《合同法》19条规定的“不得撤销”的情形，要约人试图“撤销”的，受要约人可以通过选择承诺、不为承诺、反要约等形式来决定是否缔结合同，并不会因要约人的“撤销”行为而受有损失。若合同因承诺而成立、要约人不履行义务时，则构成违约责任。[129] 其三，“不得撤销”意味着撤销要约的通知无效，要约只要尚未失效，受要约人就可无视撤销要约的通知，对要约作出承诺。因此，根据第19条设立的目的并权衡缔约双方当事人的利益关系，应将“要约不得撤销”的规范意义解释为：撤销要约的通知不发生效力，受要约人的承诺通知只要适时到达了要约人，合同即可成立。[130]

（3）折中说

该说认为，《合同法》第19条为保护性规定，法律并不禁止撤销要约的行为，但前提是须使受要约人获得充分的法律保护。若缔约过失责任可以充分保护受要约人，则要约人承担缔约过失责任；若不足

以充分保护受要约人，则不妨认定要约人的撤销要约行为无效，受要约人仍可作出承诺并成立合同。要约人不履行时，可以追究其违约责任。[131]

二　承诺

（一）承诺对要约的实质性变更

从逻辑上说，承诺必须与要约完全一致，当事人之间才达成了“合意”，这也符合契约自由的基本要求。职是之故，英美法系上的“镜像原则”要求承诺应如同要约在镜中的影像一般，两者高度一致。但这与现代商业实践中的效率要求相去甚远，也与鼓励交易的宗旨多有不合。因此有学者在比较法基础上得出结论：多数国家均放弃了这种十分苛刻的要求，“根据承诺是否对要约进行了实质性的变更来判定附条件承诺的有效性，已成为国际社会的普遍做法”[132]。

《合同法》第30—31条规定，承诺的内容应当与要约的内容一致，受要约人对要约的内容作出实质性变更的，为新要约。但受要约人对要约的内容作出非实质性变更的，不构成新要约。其目的是降低交易成本，避免“要约—反要约—再要约”的拉锯战，以促进合同订立，同时又基于契约自由原则，赋予要约人排除受要约人对要约作出任何变动要约的权利。亦有学者认为，《合同法》第30条及第31条也对“格式之争”采取了有限制的“最后用语规则”，即在承诺对要约的内容作出非实质性变更的场合，以承诺的内容成立合同；如果变更属于实质性的，则合同并不成立，其承诺为新要约。[133]

实质性变更有无明确的标准，是学界关注的重点。《合同法》第30条列举了合同标的、数量、质量、价款或者报酬、履行期限、履行地点和方式、违约责任和解决争议方法等。按立法解释，实质性变更不限于《合同法》所列各项，而且所列实质性条款在具体合同中是否构成实质性改动，也需就具体个案情形具体分析。[134] 学界的观点也基本认为，应取决于个案判断。如指出，即使最先采用这一规则的国家，司法判例也没有创造出普遍规则，还是诉诸多种因素来确定。合同履行的地点、时间、货物的价格等均为合同的主要条款，对当事人权利义务影响较大，对其任何变更均应视为实质性的变更，不能认为对主要条款的轻微变更不是实质性的变更。但下列变更并非实质性变更：其一，要约没有规定，但为合同履行所必需的补充性条件，且该条件按一般的公平理念被认为是合理的。如在承诺中补充“以最合理和方便的运输工具运输”为条件。其二，重述要约中没有规定的法定义务。其三，承诺含有对要约规定条件的抱怨。[135] 还有学者指出，

实质性条款和非实质性条款没有绝对的界限。“实质性变更”可从如下两方面入手：其一，受要约人对要约人在要约中明示不得变更的条款予以变更，是实质性变更；其二，受要约人作出的不损害要约人利益的变更，是非实质性变更。[136]

（二）承诺迟延

《合同法》第28、29条确立了承诺迟延制度，包括逾期承诺和传递迟延。

1.逾期承诺

《合同法》第28条规定，受要约人超过承诺期限发出承诺的，除要约人及时通知受要约人该承诺有效的以外，为新要约。

对逾期承诺的性质，学者看法不同。如认为它具有双重性质。其一，依然为承诺，由要约人决定是否承认其效力，承认必须及时通知受要约人；其二，转化为新要约，要约人可以在合理的期限内对其作出承诺。可见，要约人实际上有权作出一种选择：既可以立即承认承诺的效力，也可以根据市场行情的变化，在合理期限内决定是否对新要约作出承诺。《合同法》对承诺迟延的判断，并未以到达迟延而是以超过承诺期限发出为标准，主要是因为受要约人可能在承诺期限内作出承诺，但因邮局传递迟延等原因而使承诺迟延。[137] 也有学者不认同《合同法》的处理模式，认为《合同法》第28条至少存在两个错误：一是偷换概念，既然作出接受要约的意思表示已经超过了要约的有效期限，那么就不再是合同法上的“承诺”；二是完全没有必要规定，按照合同法的要约—承诺规定即可解决这一问题。[138]

2.传递迟延

《合同法》第29条规定，受要约人在承诺期限内发出承诺，按照通常情形能够及时到达要约人，但因其他原因承诺到达要约人时超过承诺期限的，除要约人及时通知受要约人因承诺超过期限不接受该承诺的以外，该承诺有效。

承诺传递迟延是承诺在途风险，但《合同法》第29条要求要约人承担“及时通知”的义务。有学者认为，第29条在解释论上需要限缩其适用范围。因为它为缔约阶段的受要约人提供了充分的履行利益保护，而对要约人则附加了其原本不愿承担的约束，也没有留下权衡双方当事人可归责性的空间。具体而言，应将第29条的适用范围限定于要约人明知或因重大过失而不知，且受要约人无可归责性的情形，将受要约人有可归责性的所有情形、要约人仅具有一定程度可归责性的情形，纳入第42条（缔约过失责任）的适用范围。[139]

三　特殊形式的要约与承诺

（一）电子要约与电子承诺

《合同法》第11条规定，“书面形式是指合同书、信件和数据电文（包括电报、电传、传真、电子数据交换和电子邮件）等可以有形地表现所载内容的形式”。这就在法律上明确承认电子合同可以作为书面形式并适用合同法的一般规则。学界对电子要约与电子承诺关注较多的问题为：电子合同当事人的身份、电子要约与要约邀请、消费者撤销权。

1.合同当事人的身份

《合同法》第35条规定：“当事人采用合同书形式订立合同的，双方当事人签字或者盖章的地点为合同成立的地点。”但在电子合同中，许多当事人以虚拟主体身份出现，在网页登录的身份与其真实身份不符。有学者建议区分两种情况确定其身份：一是以纯粹虚拟的身份进行交易，如果能查明的，则以该当事人为合同主体；不能查明的，合同不成立。二是完全假冒他人的名义从事交易，即用他人的姓名与密码登录并从事了交易，但登录的资料和信息是真实的，此时，对方可以主张无权代理。[140]

2.要约与要约邀请

在网络环境区分要约与要约邀请有其特性。学界提供的区分的方法，多为参酌当事人的意思及表示的外观等情形。其一，应考虑当事人明示的意图：若广告和商业信息的发布人特别声明，不得就其提议作出承诺，或声明对此广告和信息的发布不承担合同责任，或提出该广告和信息仅供参考等，就只能视为要约邀请。如果当事人未作出明确表示，则应根据商品信息的客观情形进行判断。[141] 其二，数字产品或在线服务等数字化产品可以被无限复制，不会出现存货不足的问题，如果商家提供试听、试玩的机会，基本上应与货物标定价陈列无异，可视为要约。[142] 将这类产品的网站销售信息认定为要约并不会给卖方分配过多的风险，除非网站载有相反意思的信息。其他可能售罄的产品而卖方声明“公开求售，售完为止”的，为附条件的要约。[143]

3.消费者撤销权

国外诸多立法肯定了网络购物中消费者的撤销权。有学者肯定它尊重了消费者的真实意思，保护了消费者的利益，同时指出它会使网络经营者承担极大的风险。因为网络经营者在点击成交以后，将要从

事一些履约的准备工作如准备货物等，允许消费者可以在相当长的时间内撤销其承诺，对经营者利益影响过大。可以考虑在点击成交后允许消费者在短暂期限内（如一天内）有权决定是否撤销承诺。在该期限内，消费者不必付款，而经营者也不负有准备履约的义务，以平衡双方利益。[144]

（二）中标通知书的效力

在交易实践中，竞争性缔约包括招标投标、拍卖、挂牌交易等。合同法学界较为关注的是招投标程序。按照通说，招标公告的法律性质为要约邀请，投标为要约，发出中标通知书为承诺。[145] 引发争议的是，在招标投标中，合同是从发出中标通知书时起成立，还是从书面合同订立时成立？有关问题是，中标通知书发出后，招标人改变中标结果或者中标人放弃中标项目，承担的是缔约过失责任还是违约责任？

这一问题源于《招标投标法》第46条的规定：招标人和中标人应当自中标通知书发出之日起30日内，按照招标文件和中标人的投标文件订立书面合同。招标人和中标人不得再行订立背离合同实质性内容的其他协议。此外，依据《招标投标法》第45条第2款，中标通知书发出后，招标人改变中标结果的，或者中标人放弃中标项目的，应当依法承担法律责任。但该条并没有明确“法律责任”的性质。

对中标通知书的效力，学界与实务界形成了以下几种对立观点。

第一种观点认为，中标通知书发出后，招投标合同就成立。“发出中标通知书时双方当事人已经就合同的主要条款达成协议，应当认为合同已经成立。”[146] 或指出，中标通知书发出后，合同处于“成立并生效”状态，因为在招标公告或投标邀请书、招标文件、中标通知书中，已对建设工程合同的实质条款作了明确具体的规定，实际上已具备了书面合同的特征。中标通知书发出后30日内双方要签订的书面合同，无非是招标文件和中标人投标文件的规范化而已。毁标属于法律上或者事实上不能履行，也属于债务的标的不适于强制履行，因而守约方不应要求对方承担继续履行或采取补救措施的违约责任，只能请求损害赔偿。[147]

第二种观点认为，中标通知书只是承诺，招投标合同从双方订立书面合同时生效。司法实务多采纳这种观点。[148]

第三种观点认为，中标通知书具有预约的性质。它发出后，招标人和中标人已就合同条款达成一致意见，符合适用“必须缔约说”的前置条件。法院依照预约内容强制订立本合同，并未违反违约方的意思表示。这不仅维护了诚实信用原则，也不违反意思自治原则及《合同

法》第110条有关实际履行的规定。[149]

四　评论

要约与承诺是合同法学最基础的技术问题，学界讨论的也相当深入。实践中还有如下问题值得讨论：

1.不当撤销要约的法律效力

对于违反《合同法》第19条的规定撤销要约的，从法律适用看，《合同法》上确实存在两种解决方案：一是合同不成立，要约人承担缔约过失责任；二是合同成立。从价值衡量上说，前者侧重保护要约人的不缔约自由，后者重在保护受要约人的信赖和交易安全。两相权衡，应以后说为当。因为私法自治要求行为人对自己的意思表示负责，要约人不当撤销要约的，与承诺到达后随即撤销并无本质差别。这种风险安排不当的责任自然应由要约人承担。

2.承诺逾期迟延的制度价值

按照《合同法》第20条，承诺期限届满，受要约人未作出承诺的，要约失效，故超过承诺期间才发出的“承诺”并非承诺。循此逻辑，《合同法》第28条只是表明，迟发的“承诺”可以构成新要约。其意义在于，因为承诺（当然包括迟发的承诺）通常只是单纯表明接受要约，可能并没有列举合同的主要条款，与《合同法》第14条有关要约条件的规定不合，第28条则认可了这一简单表达同意的意思表示也构成要约，因为它是对要约内容的反射。

3.招投标等合同的成立

学界对招投标法合同成立的研究甚少，实践中也莫衷一是。[150]若从招投标程序的特征出发，应很容易得出招投标合同自中标通知书发出时生效的结论。详言之，招标投标的程序特征是：

（1）程序刚性与限制缔约自由。首先，招投标程序的每一环节，如招标、投标、开标、评标、定标等，都完全法定。当事人一旦选择启动招投标，就严格受其约束。如投标文件虽为要约，但其内容必须实质性响应招标文件，招标文件不许可偏差的，投标文件的任何偏差都可能使投标为废标；在投标截止期（开标时）后，双方就基本不存在不缔约的自由：招标人不能任意流标，也不能自己决定合同相对人，必须由评标委员会决定；投标人不能撤标。其次，各程序前后呼应，环环紧扣，具有使参与人“作茧自缚”的效应。当事人的先前行为会当然影响后续行为。如招标文件发出后，招标人就不能任意流

标；开标后就必然评标；定标后就必然授标。更关键的是，定标结果是不可逆的，即使评标错误甚或违法，招标人也只能启动新一轮招投标程序。相反，在“一对一”的合同缔约过程中，即使合同订立即将瓜熟蒂落时，一方也可以基于契约自由，以承担缔约过失责任为代价，拒绝成立合同；甚至双方还可以事先约定排除缔约过失责任，以安心谈判而无须担心被追究缔约过失责任。

（2）程序的目的是确定合同相对人。招投标程序作为竞争性缔约方式，通过招投标文件锁定了合同条件，只需通过评标来决定最优缔约人。在确定中标人后，招投标程序就结束，合同即成立。这可能也是国际通行招标文本不涉及招投标合同何时成立的主要原因。与此相对应，合同法的缔约程序是缔约相对人确定，而合同内容不确定，需通过要约—承诺规则确定，对内容达成合意时，合同才成立。

此外，从其他两个方面也可以得出这一结论。

一是招投标合同的缔约过程与合同文本。在招投标的缔约环节，合同是严格依据招标公告、“投标人须知”、合同条件等文件订立的，这些文件大多构成招投标程序订立的合同的组成部分。所以，《招标投标法》第46条才规定，按照招标文件和中标人的投标文件订立书面合同，招标人和中标人不得再行订立背离合同实质性内容的其他协议。双方最终订立的合同，无非是对上述文件的确认而已。在实践中，招投标程序最终订立的建设施工合同都是官方提供的范本，双方缔约无非按照招投标文件填充而已。

二是利益衡量。在招投标程序中，在缔约信息和缔约条件方面，投标人处于弱势地位，加之国内目前建筑市场“僧多粥少”、挂靠众多、农民工为施工主体、不遵守中标通知书的多为招标人的现实，法律适用至少不应损害投标人的利益。

由此还可以进一步检视其他商事领域中的要约与要约邀请。如法律将招股说明书定为要约邀请，但其详细性程度未必比要约差。

第四节　意思实现、默示承诺与事实合同

一　意思实现

意思实现（Willensbet - tigung）为德国民法学法律行为理论中的概念。它是行为人作出的无须向相对人表示的、由法律推断其法效意思的法律行为。它不需要表示，也无须相对人接受，如先占、抛弃

等。在合同法中，它体现为合同订立的一种特殊方式，即受要约人收到要约后，通过某种可认定为承诺的事实，无须再为承诺通知，合同即成立。通俗地说，即行为人通过行为表达缔约意图时（按拉伦茨的说法，是创设某种法律状态），[151] 合同就成立，而无须通知要约人。

1.界定

意思实现的界定主要涉及它与两类相关制度的差异。

一是意思实现与事实行为。有学者认为，意思实现是通过行为本身直接体现行为人的内心意思于外部，不依赖于任何形式的专门表示行为。行为人欠缺表示意识，因此它纯粹是一种实施行为，而不是表示行为。因此，它与事实行为的差别是，它包含效果意思，即谋求某种特定法律关系效果的内心意思。[152]

二是意思实现与默示承诺。这是意思实现的界定中最疑难的问题。学说上有同一论与区分论之别。广义上的默示承诺包括意思实现，狭义上的默示承诺与意思实现有别：默示承诺属于须经受领的意思表示，承诺自承诺行为的通知到达要约人时生效；意思实现则属于无须受领的意思表示，于承诺行为作出时生效。[153] 或认为两者最大的差别在合同成立的时间点：以意思实现为承诺的，开始作出履行行为或占有行为时，合同成立；默示承诺中，在通知时合同成立。[154]

在意思实现中，承诺无须通知要约人，那么，它是否属于“要约—承诺”的缔约过程和方式？学者们对此多持赞成意见。其理由为：其一，意思实现以承诺意思为构成要素，属于意思表示的范畴，无非欠缺表示意识而已，承诺在合同成立上同样存在并起着关键作用。其二，《合同法》第22条但书使用了“通过行为作出承诺”、第26条第1款后段使用了“承诺不需要通知”和“作出承诺的行为”的字样，显然将意思实现作为承诺的一类形态。[155]

2.构成要件

合同因意思实现而成立对当事人的利益影响极大，故有学者认为，应严格确定其构成要件：其一，承诺无须通知，包括根据交易习惯承诺无须通知和要约表明承诺无须通知。其二，存在可认为承诺的事实，包括履行行为和受领行为。前者是履行因合同成立所负担的债务，如寄送邮购的物品；后者是取得因合同成立而产生的权利，如拆阅现物要约寄来的书。尤其值得一提的是，承诺的事实应以有承诺意思为必要，相对人主观上无承诺意思，仅依客观上可认为承诺的事实，即成立合同使其负担合同上的义务，违背了私法自治原则，而且不足以保护相对人利益。[156]

3.制度价值

意思实现在合同成立制度中有无特殊意义？这是意思实现制度研究的出发点之一。学界看法并不相同。

肯定说认为，该制度使合同在意思实现而不是承诺到达时成立，对受要约人更有利。具体而言，受要约人可能付出一定的劳务与费用，体现为合同成立时间提前、受要约人无须另行通知和受要约人享有合同请求权。若合同仍然要在承诺表示到达要约人时才告成立，不利于受约人：一是延迟了合同成立的时间，二是受约人需另行实施通知行为，三是尚无货款或者报酬的请求权。而这种情境中的受约人是应当受到保护的。如预订旅馆房间时，旅馆把最后一间客房预留给预订人，若合同要在承诺到达时才告成立，顾客最后没有入住的，旅馆将遭受经济损失。[157] 还有学者以发送订购物品为例，阐述了意思实现区分的意义：发送订购物品的，必须物品送达要约人时，合同始告成立，发送事实不能发生承诺之效力，在合同成立前，不生价金风险问题；意思实现以存在承诺事实为前提，有此事实，合同即为成立，存在价金风险：如无特别约定，依《合同法》第145条，标的物交付给第一承运人后，风险由买受人承担。[158]

反对意见则认为，这一概念“似乎并无太大价值”，因为意思表示的要旨是：表示于外的行为后果为当事人意志所设定，而不是由当事人以外的其他因素如法律规范赋予。在这点上，意思表示与意思实现并无不同。此外，并非只有意思实现才不存在“送达”问题，所有无须受领的意思都不存在这一问题。可见，将意思实现剥离于意思表示之外，可能会限缩私人自治。[159]

二　默示承诺

《合同法》第22条规定，承诺应当以通知的方式作出，但根据交易习惯或者要约表明可以通过行为作出承诺的除外。《合同法》第26条第1款规定，承诺不需要通知的，根据交易习惯或者要约的要求作出承诺的行为时生效。如前所述，学界对意思实现与默示承诺的看法不同，故对该两条规定的定性也存在差异。但无论如何定位这两条，这类行为的当事人都有缔约意思。[160]

《合同法司法解释二》第2条规定，当事人未以书面形式或者口头形式订立合同，但“从双方从事的民事行为能够推定双方有订立合同意愿的”，可以认定是以《合同法》第10条第1款中的“其他形式”订立的合同，但法律另有规定的除外。它与《合同法》第36、37条规定

的“实际履行”一道，构成了“以行为方式作出承诺”的法律体系。

《合同法》规定依据“交易习惯、事件的性质”可以采用默示承诺，《合同法司法解释二》从当事人的行为推定当事人有“订立合同意愿”，最终都取决于情景判断。有学者指出，这是一个在当事人之间合理分配风险的解释问题，应结合交易习惯、事件的性质进行“经验判断”，而不是依据概念进行“先验判断”。[161]

学界通说认为，单纯的沉默不能作为承诺事实，除非当事人之间有特别约定或有法律规定。[162] 但也有学者认为，在三种情形，沉默可以作为承诺方式：①受要约人事先声明沉默构成承诺的；②根据交易惯例或当事人一贯的交易习惯，承诺不需要通知时，沉默构成承诺；③适用格式合同的当事人没有拒绝要约的，视为承诺。[163]

在立法论上，有学者指出，《合同法》不够具体完善，应通过司法解释的方式，对默示承诺的各种形式进一步具体化。《合同法》第22条将“要约表明”作为“以行为作出承诺”的条件之一不妥，因为“行为”包括作为和不作为，若要约表明承诺可以以沉默方式作出，受要约方要拒绝该要约，则必须以明示方式作出，否则其沉默将被视为一项有效的承诺。这无疑背离了合同法基本原理。[164]

三　事实合同

事实合同是德国学者豪普特（Haupt）在其专题演说《论事实上的契约关系》中首次提出的概念，针对的是格式条款和强制缔约制度，其种类凡三：基于缔约时的社会接触；基于纳入团体关系（合伙关系、劳动关系）和基于社会给付义务（电气、自来水、电车等公共事业）而生的事实上的契约关系。[165] 拉伦茨后来通过“社会典型行为”发展了这一概念。[166]

学界甚少对事实合同作清晰的界定，多使用“基于事实行为而形成的合同关系”[167] 及类似的表达。学界对事实合同的争议可总结为如下两方面：

1.中国法是否承认事实合同

鉴于学者对事实合同的定义有别，对中国法是否承认事实合同的理解也存有差异。

赞成说认为，“在我国，事实缔约是个普遍现象”[168] 。《合同法司法解释二》第2条规定，当事人的“行为能够推定有订立合同意愿的”，可以认定为是以“其他形式”订立的合同。按照起草者的权威解

释，孕育该规定的社会背景是“社会实践中事实合同、默示合同大量出现，在日常生活、经济交往、经营贸易诸方面司空见惯”，实践要求“把合同从形式主义的意志理论中解放出来，将责任、担当、鼓励、激励、完善、救济作为合同法研究、解释的主题之一”，并在整个民事领域都有必要承认事实合同。[169]

否定说则认为，“如果我们注意区分事实的合同关系与默示的意思表示，恐怕就不会这样认识了。”事实上，我国固有的法律框架并没有接纳“事实的合同关系”，而是适用侵权行为、不当得利、无因管理、缔约过失等制度解决。[170]

2.中国法应否承认事实合同

对中国法应否承认事实合同，学界也形成了两种对立意见。

（1）否定说

学界对事实合同多持否定态度，其理由可概括如下：

其一，事实合同可以被其他制度取代，而且承认事实合同会导致合同法体系的混乱。事实合同的三种类型都可以由其他法律制度代替：基于社会接触的事实合同，可通过缔约过失或侵权法等制度解决；基于纳入团体关系的事实合同，可以适用合伙或劳动合同等制度；基于社会给付义务的事实合同，可以通过强制缔约制度解决。此外，对未成年人缔结的合同认定为事实合同，不利于保护未成年人，也违反了《合同法》第47条。因此，自然“不必另行设立所谓事实上的合同制度，以免导致整个合同法律体系的动摇和混乱”[171]。或认为，事实契约理论的应用，还可能使得许多在传统框架下可得到合理解决的问题变得难以处理。如小偷可能以“事实行为”为由，主张他与超市订立了“事实契约”，仅负支付价金的义务。[172]

其二，排斥事实合同背后的理念。如指出事实合同理论虽然“令我们再一次充分地体会出在现代社会中消费者经济和社会地位的可怜”，并反思契约自由和契约正义的关系，但它产生于德国纳粹统治时代，其意识形态为国家社会主义，它再度排斥罗马法的个人主义，而致力于重建日耳曼法的团体思想。“确实为国家对个人私法生活的干预创造了合理的借口。”[173] 还有学者将这种“纳粹理论”概括为：强烈怀疑私法自治理念，“人民共同利益绝对优先于个人利益和个人意思”观念占据了统治地位，其目的就是建立一种“超越个人，而由社会来决定”的法律关系。[174]

（2）肯定说或有限肯定说

该说认为，“在有些场合，借鉴事实的合同关系理论效果会更

好，如未成年人无票乘车按事实的合同关系处理更好”[175]。或认为，事实合同理论回应了现代社会的需求，试图以“客观的一定事实过程”取代主观的“法律效果意思”，进而扩张契约概念的构想，有助于我们对传统的个人主义法律观进行反思，也与某些社会现象契合。在合同判断上，重要的不再是当事人的真正的合意或意向，而是他们作为有理智的人被认为已经同意的事项。[176]

最高法院《关于审理物业服务纠纷案件具体应用法律若干问题的解释》第10条第2款规定：“物业服务企业拒绝退出、移交，并以存在事实上的物业服务关系为由，请求业主支付物业服务合同权利义务终止后的物业费的，人民法院不予支持。”它明确否定了物业服务领域的事实合同。

四　评论

意思实现、默示承诺与事实合同是合同成立中的特殊问题。学者对它们的实质意见差异其实不大，关键在于概念界定上并不一致。诚如有学者指出，“默示的意思表示、意思实现、事实的合同关系三者之间，是一种什么关系，还有待将来作进一步的研究”[177]。

1.意思实现与默示承诺

意思实现与默示承诺都是以行为方式作出承诺，它不仅尊重了交易习惯和当事人的意思，也有助于节省缔约成本。两者应否等同，涉及民法研究方法的基本问题——概念选择。

一门学科在选择概念时，有必要遵循“若无必要，勿增实体”的奥卡姆剃刀原则。意思实现与默示承诺要成为两个独立的概念，其前提是其构成要件存在根本差别。这首先应从事实层面判断是否存在差异；其次是从法律层面判断，决定两者的差异是否重要。

意思实现与默示承诺都是行为人通过行为作出承诺，行为人也都有缔结合同的意思。两者在构成要件上的区别，取决于如何认定行为的性质。在意思实现中，行为人虽然也有承诺行为（如应要约人要求而邮寄书），但这种行为并没有向要约人表示，要约人在行为作出时也无法察知，故，可以认为行为人既没有表示行为，更欠缺表示意思。相反，在默示承诺中，行为人以行为方式作出承诺，既有表示行为，也有表示意思，无非其表示没有采取文字方式和语言方式而已。这种行为既可以是长期的状态（如租赁期满后继续居住的状态），也可体现为一时性的。正因为此，两者在法律效果上最大的差异即为合同成立的时间。意思实现中，承诺无须通知，合同从承诺行为作出时

生效。默示承诺中，合同自要约人察知承诺行为时成立。既然两者在构成要件与法律效力上存有本质差异，在理论上应有所区分。

进一步看，意思实现可定位为合同成立的特殊方式；默示承诺是指以行为方式作出的承诺，它需要到达对方时合同才生效，是一种承诺方式。《合同法》第22条、第26条第1款均可解释为意思实现的规定。默示承诺的依据则为《合同法》第10条第1款规定的合同“其他形式”和《合同法司法解释二》第2条。

意思实现既缺乏传统意思表示理论要求的表示意思与表示行为，也与到达生效的原理相悖。因此，在实践中应严格认定“根据交易习惯或者要约表明”的两种情形。成问题的是，在邮购买卖、网络买卖中，交易习惯是否采取了意思实现这种方式成立合同？若认为此时应适用意思实现规则，进而适用《合同法》第145条关于“货交第一承运人”规则，由买方承担在途风险，可能并不符合生活经验。而且《合同法》第145条以交货地点不明确为前提，故而也难以适用这一规则。

2.事实合同

学界对事实合同没作清晰的界定，大多直接援引豪普特教授的理论。从学界争议看，“事实合同”实际上是在两种意义上理解的：一是指不考虑当事人的缔约意图，单纯因当事人之间的特殊交往过程（尤其是双方有订立或履行合同的外观行为）而成立的合同。二是指双方均以“行为”方式订立的合同。

大多数学者将事实合同界定为第一种。按照这种理解，事实合同当然会戕害私法自治，导致国家权力不当介入私人空间，国家大一统的法律秩序取代社会自发形成的秩序。豪普特教授划分的三种类型，似乎采纳的是这种理解。若按照第二种意义，“事实合同”对合意理论没有任何冲击，而且已为法律与实务承认，并没有采纳这一概念的必要。因此，值得讨论的是第一种意义上的事实合同。

第一种意义上的事实合同是否可以回应现代社会某些领域、某些当事人的缔约现实，从而有必要对传统合同法最为核心的合意立论予以重构？在现实中，不论当事人意志如何，法律强行在当事人之间设定合同关系的制度，为强制缔约制度。但强制缔约的适用领域受到严格限制，而事实合同的适用领域不受限制，对私法自治的伤害过大，完全不能采纳。

---

[1] 我国学者倾向于将表意行为统称为“协议”。梁慧星指出了“协议”在汉语语境中的两种含义：广义是指合意，等于英文中的agreement；狭义则等于“合同”。参见梁慧星

《我国民法合同概念》，《民法学说判例与立法研究》，中国政法大学出版社1993年版，第242—243页。

[2] 参见朱广新《合同法总则》，中国人民大学出版社2008年版，第87页。

[3] 参见王正苍《论情谊行为及其法律后果》，《政法学刊》2006年第6期。

[4] 参见张平华《君子协定的法律分析》，《比较法研究》2006年第6期；郭平宜：《好意施惠之法律思考》，《法学杂志》2008年第1期。

[5] 参见谢鸿飞《论创设法律关系的意图：法律介入社会生活的限度》，《环球法律评论》2012年第3期。

[6] 参见张家勇《因情谊给付所致损害的赔偿责任》，《东方法学》2013年第1期。

[7] 参见王伟《论"情谊行为"的法律定位——以建构纠纷解决机制为目的》，《山东理工大学学报》（社会科学版）第21卷第3期。

[8] 参见黄锡生、关慧《论好意施惠引发纠纷的处理》，《河北法学》2005年第4期。

[9] 参见张家勇《因情谊给付所致损害的赔偿责任》，《东方法学》2013年第1期。

[10] 如张平华《君子协定的法律分析》，《比较法研究》2006年第6期；朱广新：《合同法总论》，中国人民大学出版社2012年版，第156页。

[11] 参见王雷《论情谊行为与民事法律行为的区分》，《清华法学》2013年第6期。

[12] 参见谢鸿飞《论创设法律关系的意图：法律介入社会生活的限度》，《环球法律评论》2012年第3期。

[13] 参见王雷《论情谊行为与民事法律行为的区分》，《清华法学》2013年第6期。

[14] 参见谢鸿飞《论创设法律关系的意图：法律介入社会生活的限度》，《环球法律评论》2012年第3期。

[15] 参见王雷《论情谊行为与民事法律行为的区分》，《清华法学》2013年第6期。

[16] 参见许德风《意向书的法律效力问题》，《法学》2007年第10期。

[17] 参见滕威《商品房认购协议的认定及其法律效力》，载梁慧星主编《民商法论丛》（第37卷），法律出版社2007年版。

[18] 参见朱广新《合同法总论》（第2版），中国人民大学出版社2012年版，第157页。

[19] 参见许德风《意向书的法律效力问题》，《法学》2007年第10期。

[20] 参见刘俊臣《合同成立基本问题研究》，中国工商出版社2003年版，第162页。

[21] 参见崔建远《合同法》，北京大学出版社2012年版，第35页。

[22] 参见许德风《意向书的法律效力问题》，《法学》2007年第10期。

[23] 参见张平华《君子协定的法律分析》，《比较法研究》2006年第6期。

[24] 参见杨立新、朱巍《论戏谑行为及其民事法律后果——兼论戏谑行为与悬赏广告的区别》，《当代法学》2008年第3期。

[25] 参见王利明《合同法研究（修订版）》（第1卷），中国人民大学出版社2011年版，第13页以下。

[26] 参见全国人大常委会法工委民法室《〈中华人民共和国合同法〉立法资料选》，法律出版社1999年版，第36页。

[27] 参见张谷、王爽《〈合同法〉：合同和合同书》，《北京科技大学学报》（社会科学版）1999年第4期。

[28] 参见朱广新《合同法总论》（第2版），中国人民大学出版社2012年版，第17页。

[29] 参见李锡鹤《应区分合同与非合同协议、伪协议》，《东方法学》2012年第2期。

[30] 参见梁慧星《合同法讲座》，http://www.360doc.com/content/11/0728/15/6702032_136350001.shtml。

[31] 参见崔建远《行政合同之我见》，《河南省政法管理干部学院学报》2004年第1期。

[32] 参见李洪堂《行政合同与民事合同的区分与司法救济》，《人民司法》2011年第2期。

[33] 邓敏贞：《公用事业公私合作合同的法律属性与规制路径——基于经济法视野的考察》，《现代法学》2012年第3期。

[34] 参见韩世远《合同法总论》（第3版），法律出版社2011年版，第71页；崔建远：《合同法》，北京大学出版社2012年版，第35页以下。

[35] 参见王利明《合同法研究（修订版）》（第1卷），中国人民大学出版社2011年版，第211页以下；朱广新：《合同法总则》，中国人民大学出版社2008年版，第38页以下。

[36] 参见董安生《民事合同》，中国人民大学出版社2002年版，第134页以下；王利明：《合同法研究（修订版）》（第1卷），中国人民大学出版社2011年版，第214页。

[37] 参见赵旭东《论合同的法律约束力与效力及合同的成立与生效》，《中国法学》2000年第1期。

[38] 参见宋炳庸、朴兴镇《民事合同成立要件与有效要件区别论》，《当代法学》2001年第4期。

[39] 参见易军《事实判断抑或价值判断——对合同成立事实判断说的质疑》，《人大法律评论》2004年第6卷；隋彭生：《合同法要义》，中国政法大学出版社2003年版，第101页。

[40] 参见杨树明、张平《合同成立与合同生效的效力同一性研究》，《中山大学学报》（社会科学版）2000年第3期。

[41] 参见尹飞《合同成立与生效区分的再探讨》，《法学家》2003年第3期。

[42] 参见王利明《合同法研究（修订版）》（第1卷），中国人民大学出版社2011年版，第373页。

[43] 参见韩世远《合同法总论》（第3版），法律出版社2011年版，第73页。

[44] 参见崔建远《合同法》，北京大学出版社2012年版，第63页。

[45] 朱广新：《合同法总则》，中国人民大学出版社2008年版，第93页。

[46] 钱玉林：《要约内容的确定性》，《南京大学法律评论》2000年春季号；李永军：《合同法》（第3版），法律出版社2010年版，第69页。

[47] 参见肖冰《论价格缺失对合同成立的影响——CISG与中国〈合同法〉的适用差异》，《国际经济法学刊》2008年第1期。

[48] 参见韩世远《合同法总论》（第3版），法律出版社2011年版，第73页。

[49] 参见崔建远主编《合同法》（第5版），法律出版社2010年版，第78页。

[50] 参见王利明《合同法研究（修订版）》（第1卷），中国人民大学出版社2011年版，第375页。

[51] 参见韩世远《合同法总论》（第3版），法律出版社2011年版，第72页；崔建远主编：《合同法》（第5版），法律出版社2010年版，第78页。

[52] 参见王利明《合同法研究（修订版）》（第1卷），中国人民大学出版社2011年版，第372页。

[53] 参见叶金强《私法效果的弹性化机制——以不合意、错误与合同解释为例》，《法学研究》2006年第1期。

[54] 奚晓明主编：《最高人民法院关于买卖合同司法解释理解与适用》，人民法院出版社2012年版，第15页。

[55] 参见韩强《论预约的效力与形态》，《华东政法学院学报》2003年第1期。

[56] 参见白玉《预约合同的法理及其应用》，《东岳论丛》2009年第7期。

[57] 参见李开国、张铣《论预约的效力及其违约责任》，《河南省政法管理干部学院学报》2011年第4期。

[58] 参见陆青《〈买卖合同司法解释〉第2条评析》，《法学家》2013年第3期。

[59] 参见王利明《合同法研究（修订版）》（第1卷），中国人民大学出版社2011年版，第37—38页。

[60] 参见奚晓明主编《最高人民法院关于买卖合同司法解释理解与适用》，人民法院出版社2012年版，第52页。

[61] 参见梁慧星《预约合同解释规则——买卖合同解释（法释〔2012〕8号）第二条解读》，载“中国法学网”。

[62] 参见王利明《合同法研究（修订版）》（第1卷），中国人民大学出版社2011年版，第38—40页。

[63] 参见陆青《〈买卖合同司法解释〉第2条评析》，《法学家》2013年第3期。

[64] 参见崔建远《合同法》，北京大学出版社2012年版，第33页。

[65] 参见王利明《合同法研究（修订版）》（第1卷），中国人民大学出版社2011年版，第38—40页。

[66] 参见韩世远《合同法总论》（第3版），法律出版社2011年版，第67页；汤文平：《德国预约制度研究》，《北方法学》2012年第1期。

[67] 参见隋彭生《论试用买卖的预约属性》，《政治与法律》2010年第4期。

[68] 参见王建东、杨国锋《预约合同的效力及判定——以商品房买卖预约合同为例》，《浙江学刊》2011年第1期。

[69] 参见韩强《论预约的效力与形态》，《华东政法学院学报》2003年第1期。

[70] 参见韩世远《合同法总论》（第3版），法律出版社2011年版，第66页。

[71] 参见高富平主编《民法学》，法律出版社2005年版，第502页。

[72] 王利明、房绍坤、王轶：《合同法》，中国人民大学出版社2002年版，第12页。

[73] 奚晓明主编：《最高人民法院关于买卖合同司法解释理解与适用》，人民法院出版社2012年版，第52、54—58页。

[74] 参见陆青《〈买卖合同司法解释〉第2条评析》，《法学家》2013年第3期。

[75] 参见韩强《论预约的效力与形态》，《华东政法学院学报》2003年第1期。

[76] 参见王建东、杨国锋《预约合同的效力及判定——以商品房买卖预约合同为例》，《浙江学刊》2011年第1期。

[77] 参见梁慧星《预约合同解释规则——买卖合同解释（法释〔2012〕8号）第二条解读》，载“中国法学网”。

[78] 参见陆青《〈买卖合同司法解释〉第2条评析》，《法学家》2013年第3期。

[79] 参见王利明《合同法研究（修订版）》（第1卷），中国人民大学出版社2011年版，第38—40页。

[80] 参见李开国、张铣《论预约的效力及其违约责任》，《河南省政法管理干部学院学报》2011年第4期。

[81] 参见梁慧星《预约合同解释规则——买卖合同解释（法释〔2012〕8号）第二条解读》，载“中国法学网”。

[82] 参见陆青《〈买卖合同司法解释〉第2条评析》，《法学家》2013年第3期。

[83] 参见奚晓明主编《最高人民法院关于买卖合同司法解释理解与适用》，人民法院出版社2012年版，第61页。

[84] 参见陆青《〈买卖合同司法解释〉第2条评析》，《法学家》2013年第3期。

[85] 参见钱玉林《预约合同初论》，《甘肃政法学院学报》2003年第4期；白玉、牟宪魁：《预约合同若干法律问题探析》，《齐鲁学刊》2009年第4期。

[86] 参见李冬《预约合同制度要义与立法构建》，《求索》2012年第9期。

[87] 参见白玉、牟宪魁《预约合同若干法律问题探析》，《齐鲁学刊》2009年第4期。

[88] 参见李冬《预约合同制度要义与立法构建》，《求索》2012年第9期。

[89] 参见谢怀栻等《合同法原理》，法律出版社2000年版，第86—89页。

[90] 参见易军《对民事合同成立“事实判断说”的质疑》，《法学》2004年第9期。

[91] 参见谢鸿飞《论创设法律关系的意图：法律介入社会生活的限度》，《环球法律评论》2012年第3期。

[92] 如崔建远《合同法总论》（上卷），中国人民大学出版社2008年版，第98 页；韩世远：《合同法总论》（第3版），法律出版社2011年版，第78页。

[93] 参见王利明《合同法研究（修订版）》（第1卷），中国人民大学出版社2011年版，第227页。

[94] 参见李永军《合同法》（第3版），法律出版社2010年版，第70—71页。

[95] 参见韩世远《合同法总论》（第3版），法律出版社2011年版，第78页。

[96] 参见张定军《论“不受拘束”意思表示的效力》，《环球法律评论》2009年第3期。

[97] 参见王利明《合同法研究（修订版）》（第1卷），中国人民大学出版社2011年版，第227页。

[98] 参见钱玉林《要约内容的确定性》，《南京大学法律评论》2000年春季号。

[99] 参见李永军《合同法》（第3版），法律出版社2010年版，第72页。

[100] 参见王利明《合同法研究（修订版）》（第1卷），中国人民大学出版社2011年版，第226页；张民安、王红一主编：《合同法》，中山大学出版社2003版，第48页。

[101] 参见王银自《不特定要约法律适用研究》，《政法论丛》2005年第1期。

[102] 参见王利明《合同法研究（修订版）》（第1卷），中国人民大学出版社2011年版，第228—229页。

[103] 参见王敬华《要约邀请的法律意义之有无》，《武汉大学学报》（哲学社会科学版）2007年第2期。

[104] 参见隋彭生《论要约邀请的效力及容纳规则》，《政法论坛》2004年第1期。

[105] 朱广新：《合同法总则》，中国人民大学出版社2008年版，第49页。

[106] 参见王利明《合同法研究（修订版）》（第1卷），中国人民大学出版社2011年版，第229页以下；朱广新：《合同法总论》（第2版），中国人民大学出版社2012年版，第57页。

[107] 参见崔建远《合同法》（第5版），法律出版社2010年版，第47页。

[108] 参见刘道远、王晓锦《招股说明书要约性质研究——兼论缔约前陈述与保证法律化》，《海南大学学报》（人文社会科学版）2007年第5期。

[109] 参见刘俊臣《合同成立基本问题研究》，中国工商出版社2003年版，第39—42页。

[110] 参见隋彭生《论要约邀请的效力及容纳规则》，《政法论坛》2004年第1期。

[111] 王敬华：《论要约邀请的内容与合同内容之间的容纳关系——兼论我国〈合同法〉相关条款的完善》，《法学杂志》2010年第5期。

[112] 参见王利明《合同法研究（修订版）》（第1卷），中国人民大学出版社2011年版，第239页；葛云松：《李珉诉朱晋华、李绍华悬赏广告酬金纠纷案评析》，《北大法律评论》（第1卷），法律出版社1999年版；白云良：《悬赏广告制度研究》、高飞：《李珉诉朱晋华、李绍华悬赏广告酬金纠纷案评析》，均载梁慧星主编《民商法论丛》（第13卷），法律出版社1999年版。

[113] 李永军：《合同法》（第3版），法律出版社2010年版，第76—77页。

[114] 参见刘心稳主编《中国民法学研究述评》，中国政法大学出版社1996年版，第539页。

[115] 崔建远：《合同法总论》 （上卷），中国人民大学出版社2008年版，第105页。

[116] 韩世远：《合同法总论》（第3版），法律出版社2011年版，第83页。

[117] 朱广新：《合同法总则》，中国人民大学出版社2008年版，第49页。

[118] 参见王利明《合同法研究（修订版）》（第1卷），中国人民大学出版社2011年版，第243页。

[119] 参见朱广新《合同法总论》（第2版），中国人民大学出版社2012年版，第81页以下。

[120] 参见李先波《论要约的约束力》，《法商研究》2000年第2期。

[121] 参见尹飞《要约、要约邀请与预约的要约》，《合同法评论》（第4辑），人民法院出版社2005年版。

[122] 参见李锡鹤《再论要约何时生效》，《华东政法大学学报》2013年第2期。

[123] 参见李永军《合同法》（第3版），法律出版社2010年版，第111页。

[124] 参见周洪政《缔约人死亡或丧失行为能力时要约承诺的效力》，《同济大学学报》（社会科学版）2011年第6期。

[125] 参见朱广新《要约不得撤销的法定事由与效果》，《环球法律评论》2012年第5期。

[126] 参见崔建远《合同法》（第5版），法律出版社2010年版，第49页。

[127] 参见李永军《合同法》（第3版），法律出版社2010年版，第93页。

[128] 参见苏号朋《合同法教程》（第2版），中国人民大学出版社2011年版，第54页。

[129] 参见周江洪《缔约过程中的磋商义务及其责任》，《绍兴文理学院学报》2010年第6期。

[130] 参见朱广新《要约不得撤销的法定事由与效果》，《环球法律评论》2012年第5期。

[131] 参见韩世远《合同法总论》（第3版），法律出版社2011年版，第94页以下。

[132] 李先波：《合同有效成立比较研究》，湖南教育出版社2000年版，第68页。

[133] 参见韩世远《合同法总论》（第3版），法律出版社2011年版，第104页。

[134] 参见胡康生主编《中华人民共和国合同法释义》，法律出版社1999年版，第63页。

[135] 参见李永军《合同法》（第3版），法律出版社2010年版，第101—103页。

[136] 参见龚晓龙、梁开斌《论承诺对要约的实质性变更》，《当代法学》2002年第9期。

[137] 参见王利明《合同法研究（修订版）》（第1卷），中国人民大学出版社2011年版，第268页。

[138] 参见饶世权《“承诺迟延”辨析——兼评〈合同法〉第28条》，《前沿》2004年第3期。

[139] 参见叶金强《合同法上承诺传递迟延的制度安排》，《法学》2012年第1期。

[140] 参见王利明《合同法新问题研究》，中国社会科学出版社2003年版，第95页。

[141] 参见张楚《电子商务法》，中国人民大学出版社2001年版，第211页。

[142] 参见万以娴《论电子商务之法律问题——以网络交易为中心》，法律出版社2001年版，第74页。

[143] 参见孙占利《电子要约若干法律问题探析——以UECIC为基础》，《华东政法大学学报》2008年第5期。

[144] 参见王利明《合同法新问题研究》，中国社会科学出版社2003年版，第109页。

[145] 参见崔建远《合同法总论》（上卷），中国人民大学出版社2008年版，第121页。

[146] 王利明：《合同法研究（修订版）》（第1卷），中国人民大学出版社2011年

版，第234页。

[147] 参见毛亚敏《论中标通知书的法律效力及毁标行为的法律责任——兼论我国〈招标投标法〉及〈合同法〉的完善》，《政法论坛》2002年第4期；李丽：《中标通知书的法律性质分析——兼论中标通知书发出后的责任形态》，《河南司法警官职业学院学报》2010年第2期。

[148] 最高人民法院的判决甚至还认为，毁标行为“应由行政机关处理，不属于民事案件审理范围”。《见新疆建工集团第六建筑工程有限责任公司与新疆天通房地产开发有限公司》，参见《民事审判指导与参考》（2008年第4辑，总第36辑），法律出版社2009年版，第146—159页。

[149] 参见陈川生、王倩、李显冬《中标通知书法律效力研究——预约合同的成立和生效》，《中国招标》2011年第8期。

[150] 最高人民法院的判决甚至还认为，毁标行为“应由行政机关处理，不属于民事案件审理范围”。见《新疆建工集团第六建筑工程有限责任公司与新疆天通房地产开发有限公司》，参见《民事审判指导与参考》（2008年第4辑，总第36辑），法律出版社2009年版，第146—159页。

[151] 参见［德］卡尔·拉伦茨《德国民法通论》（上），王晓晔、邵建东、程建英、徐国建、谢怀栻译，法律出版社2003年版，第429页。

[152] 参见崔建远《合同法》（第5版），法律出版社2010年版，第71页。

[153] 参见韩世远《默示的承诺与意思实现——我国〈合同法〉第22条与第26条的解释论》，《法律科学》2003年第1期。

[154] 参见朱广新《合同法总论》（第2版），中国人民大学出版社2012年版，第93页。

[155] 参见崔建远《意思实现理论的梳理与评论》，《河北法学》2007年第5期。

[156] 参见崔建远《合同法》（第5版），法律出版社2010年版，第73页；韩世远：《合同法总论》（第3版），法律出版社2011年版，第109页。

[157] 参见崔建远《合同法》（第5版），法律出版社2010年版，第73页。

[158] 参见韩世远《合同法总论》（第3版），法律出版社2011年版，第109页。

[159] 参见朱庆育《意思表示与法律行为》，《比较法研究》2004年第1期。

[160] 参见谢怀栻等《合同法原理》，法律出版社2000年版，第37页。

[161] 参见朱广新《合同法总论》（第2版），中国人民大学出版社2012年版，第94页。

[162] 参见朱广新《合同法总论》（第2版），中国人民大学出版社2012年版，第95页；王利明：《合同法研究（修订版）》（第1卷），中国人民大学出版社2011年版，第263页；韩世远：《合同法总论》（第3版），法律出版社2011年版，第109页。

[163] 参见李永军《合同法》（第3版），法律出版社2010年版，第111页。

[164] 参见张保军《默示承诺浅议——兼论〈合同法〉第22条规定之缺陷》，《山西省政法管理干部学院学报》2003年第3期。

[165] 大陆学界普遍熟稔这一理论，应源于王泽鉴作品在大陆的刊行。参见《事实上之契约关系》，载《民法学说与判例研究》（第1卷），中国政法大学出版社1998年版。

[166] ［德］卡尔·拉伦茨：《德国民法通论》（上），王晓晔、邵建东、程建英、徐国建、谢怀栻译，法律出版社2003年版，第428页以下。

[167] 参见王利明《合同法研究（修订版）》（第1卷），中国人民大学出版社2011年版，第275页。

[168] 崔建远主编：《合同法》（第5版），法律出版社2010年版，第77页。

[169] 参见《有必要在整个民事领域承认事实合同——最高人民法院研究室负责人详解合同法解释（二）》，《人民法院报》2009年6月8日第4版。

[170] 参见韩世远《合同法总论》（第3版），法律出版社2011年版，第112页。

[171] 王利明：《合同法研究（修订版）》（第1卷），中国人民大学出版社2011年版，第278页。

[172] 参见朱庆育《意思表示与法律行为》，《比较法研究》2004年第1期。

[173] 李永军：《合同法》（第3版），法律出版社2010年版，第126页。

[174] 参见朱庆育《意思表示与法律行为》，《比较法研究》2004年第1期。

[175] 参见韩世远《合同法总论》（第3版），法律出版社2011年版，第112页。

[176] 参见张俊岩《事实契约理论研究》，《河南社会科学》2003年第4期。

[177] 韩世远：《合同法总论》（第3版），法律出版社2011年版，第112页。

第四章　合同的成立（下）

第一节　合同的法定形式

一　合同法定形式的功能

合同形式自由与形式强制的对立，是合同法发展的重要线索之一。古代的合同形式强制更多体现为一种仪式，目的是通过仪式的神圣性与见证人的公证，使合同获得公信力，庄重地确定当事人之间的关系。受意志论的影响，现在社会中的形式强制甚为罕见，理性的当事人自然可依据交易情形决定采用何种形式。但保护弱势群体的立法政策的兴盛，亦使合同形式强制有一定的复兴趋势。但在现代法上，合同形式强制限于书面形式。

对合同形式强制的正当性，学界通常归结如下：①证据目的，即在诉讼中顺利证明合同关系的存在；②警告目的，使当事人避免因操之过急而遭受损害；③境界线目的，即在合同交涉与合同缔结之间划定境界线；④信息提供目的（如使当事人可以获得公证人员的专业咨询）等。[1] 鉴于债权具有相对性与秘密性，一些学者也从合同债权的特性出发，分析了合同形式强制的意义。如指出，形式自由原则有诸多流弊，如使当事人容易成为轻率或他方欺诈的牺牲品，在纠纷发生时亦不易举证。而且，合同的秘密性还可能损害第三人利益和社会公共利益。[2] 合同登记等形式则使合同关系具有公示性，便于利害关系人检索查阅并对交易后果作出合理预期，有助于降低交易成本，减小发生权利冲突的概率和第三人涉诉的可能性。[3]

在现代社会中，合同法定形式强制的另一个来源是公法。学界也充分认识到合同形式强制的公法意义。如认为通过合同在国家行政管理部门的公证、登记、备案，可以使社会管理部门有效掌握合同信息，方便政府管理与调控。[4]

但形式强制也存在诸多弊端，如导致合同订立的手续烦琐、增加交易成本、限制合同主体（如不能读写者）的合同自由。[5] 故有学者认为，应设定合同形式强制的基本原则和适用标准，为公权的运用设定合理边界，可考虑的原则为：维护公共利益原则、个人权利的适度干预原则及区分民商事合同原则。[6]

与传统合同法不同，现代合同法对合同的形式强制的目的更为多元化。诸多学者充分认识到这一点，主张合同形式强制经历了“效力性形式”到“保护性形式”的演进过程。如认为，法定形式的保护性功能主要体现为对国家利益、社会利益和弱势群体利益的保护。[7] 或从合同拘束产生的原因出发，认为既然合同效力源于当事人的意思，形式就不过是合同效力的一个附加要求，形式也不再是效力的来源，而只是保护特定利益的手段。[8]

二　中国对CISG合同形式规范的保留

《联合国国际货物销售合同公约》（以下简称《公约》）对以苏联为首的东欧国家坚持合同书面形式的要求，做了一定的妥协，其第11条规定：“销售合同无须以书面订立或书面证明，在形式方面也不受任何其他条件的限制。”但其第96条许可缔约国对第11条作出保留。我国于1986 年12月11日交存批准书时，声明“不受公约第十一条及与第十一条内容有关的规定的约束”。原因是彼时我国仍为计划经济体制，统一的《合同法》尚未出台，国内法依然坚持合同书面形式的立场。

《合同法》第10条对合同形式采形式自由原则，允许当事人以口头形式和其他形式订立合同。基于此，对《合同法》与我国的保留申明是否一致，见解不同。冲突论者认为，《公约》与《合同法》关于合同形式的规定大致相同，保留反而造成了适用法律的冲突。[9] 折中论者认为，《合同法》在合同形式方面不区分国内合同和涉外合同，与我国对《公约》第11条的非书面要求的保留声明不尽一致，维持或撤回保留的理由各有所据。[10]

对我国应撤回保留，学界没有异议。如认为，撤回保留的积极意义大于撤回保留所带来的消极影响（可能导致国际货物贸易的交易安全性下降），且撤回又无任何法律障碍。[11]　　具体路径有两种：其一，基于我国所作的保留声明，国际货物买卖合同仍需采用书面形式，《公约》优先于《合同法》适用。其二，基于《合同法》对买卖合同形式无强制要求，保留的依据不复存在，故国际货物买卖合同无须书面形式。我国保留的本意是降低国际经济交往的风险，便利纠纷的解决，保护经验不足的国内当事人，但书面形式很难达到这些目的，所以应撤回保留。[12]

2013年，我国政府正式通知联合国秘书长，撤回对《公约》所作的保留。自此，《合同法》与《公约》对合同形式的规定及适用趋于统一。

三　《合同法》第10条第2款

《合同法》第10条第2款规定：法律、行政法规规定采用书面形式的，应当采用书面形式。当事人约定采用书面形式的，应当采用书面形式。此外，《合同法》分则也规定了一些合同应采取书面形式，如借款合同（第197条）、融资租赁合同（第238条）、建设工程合同（第270 条）、多式联运合同（第319条）、技术开发合同（第330条）、技术转让合同（第342条）等。

（一）规范性质

对《合同法》第10条第2款到底系何种规范，学界看法不同，主要有如下两种意见。

1.倡导性规范说

认为第10条第2款使用了“应当”一词，与“必须”的法律内涵不同。“应当”不能理解为“必须”采取的形式，而应理解为一种倡导性规范，所以违反形式强制的合同不应一律认定为无效。[13]　换言之，现行法就合同形式设置的倡导性规范属于民法上纯粹的行为规范，只有行为模式，无裁判规范功能。[14]

针对上述理解，有学者质疑：我国民事立法以及民法理论迄今尚未采用德国民法上的“应为规范”与“须为规范”的区分规范模式，我国立法者不可能意识到“应当”与“必须”这两个表述具有重要区别。如果借用德国民法上的“应为规范”与“须为规范”来解释我国民法上的“应当”规范，将使这些规范丧失其本来具有的实质意义，这显然违背了立法者的本意。[15]

2.义务性规范说

认为形式强制是特殊立法政策的要求，当事人不能变更或排除其适用。因为《合同法》第10条第2款对法定与约定的书面形式，均使用了“应当”一词，据此认为合同法定形式的规范是义务性规范，[16]“合同的形式一旦违反法律的强制性规定，自然归于无效，因此，法定形式属于合同的生效要件”[17] 。

（二）违反形式强制的效力

《合同法》第10条第2款规定了“应当”采用书面形式的情形，而未规定违反“应当”所产生的法律后果，属于不完全法条。在比较法上，违反形式强制的法律效果有合同不成立、无效、限制证据方法的使用、不可起诉或强制执行等。我国学界的议论也基本围绕这些效力

种类展开，主要观点可概括如下：

1.合同不成立说

通说认为，违反形式强制的效力是合同不成立。其主要理由为：

其一，无论书面形式作为法定形式还是约定形式，特定的“式”都是合同的特别成立要件。法律规定书面形式为某类合同的法定形式的意义在于，订立该合同时，除了当事人作出意思表示外，还必须以书面方式记载意思表示才能获得法律承认。若没采取书面形式的，合同不成立。[18]

其二，依据《合同法》第36条，即“当事人未采用书面形式但一方已经履行主要义务，对方接受的，该合同成立”。首先，从文字上看，《合同法》第36条既然使用的是“该合同成立”而不是“该合同生效”，通过反面解释就只能将其理解为：书面形式是合同的特别成立要件而不是特别生效要件。[19] 其次，依据对该条“但书”的反面解释，亦可认为如合同应采用而没有采用书面形式的，原则上不成立。[20]

2.证据说

比较法上的一种观点认为，合同违反书面形式要求的，“不会影响合同的成立及效力，仅在发生争议时，因当事人没有足够证据证明合同已经成立或具备某项合同内容而导致败诉的不利后果”[21]。有学者在承认合同不成立说的同时，还阐述了证据资格的适用规则：若有证据证明合同的具体内容，或者当事人都承认合同关系的存在，未采取法定形式的合同通常受法律保护。但某些未具备特定形式的合同，不能用证人证言加以证明，只能以自认或其他有限方式（相关书证等）证明。[22]

3.合同无效说

在比较法上，德国、瑞士及中国台湾地区皆明确规定，不依法定形式实施的法律行为或订立的合同，无效。一些学者也认为，法定形式是合同的特别生效要件而不是特别成立要件。违背法定形式要件而未能以履行予以治愈的合同，应属无效。其理由主要是：法律对欠缺法定形式的合同作否定性评价时，合同应归于无效，而并非不成立。[23]

“合同成立说”对“合同有效说”的批驳意见主要是：①有效说使第36条同时担负了形式强制规范和补正制度规范两项功能，违反了形式逻辑。②肢解了第36条关于法定方式和约定方式的规定，有效说仅从中抽取了法定形式、履行行为，而不讨论约定方式。[24]

（三）综合效力说

这种思路的出发点是：现行立法对书面形式要件规定的目的不完全相同，违反形式强制的合同，其效力需结合形式强制的立法目的、合同类型等因素决定。这种类型化的思路有如下几种：

1.分析具体规范的后果规定

该说主张，首先确定法律、法规是否规定了违反形式要件的效力，若规定了的，依其规定。其次，没有规定的，应根据法律规范的含义及合同的性质确定。通常，违反法定合同形式的效力只是导致当事人缺乏足够的证据证明合同的存在及合同的内容。但若法律的目的系维护社会公共秩序而要求当事人必须采用某种特殊的形式，违反这一规定就直接影响合同效力。[25]

依此，《合同法》规定了合同违反形式强制的效力的，自应从之。典型的例子是第215条规定，租赁期限六个月以上，当事人未采用书面形式的，视为不定期租赁。这意味着，当事人以口头方式订立六个月以上的定期租赁合同，只能视为不定期租赁合同。对此，有学者认为，根据《合同法》第36条，没有采取特定形式但符合该条规定的条件时，合同成立并生效，并没有要求当事人再补一份书面合同。在任何情况下都规定6个月以上租赁合同不采取书面形式就视为不定期租赁，造成了立法矛盾。此外，它亦违反了意思自治的基本原则。[26]

2.总结各种效力类型

违反形式强制的综合效力包括：其一，经补正而有效。适用这种情形的合同主要包括赠与合同、保证合同、不动产买卖合同、劳动合同等。这是由于赠与合同与保证合同均系单务合同，为保障赠与人与保证人的利益，法律才有形式要求。此外，不动产买卖合同及劳动合同对一方当事人的利益影响重大，法律因而有形式要求。其二，有效但内容需依法律的特别规定而确定。适用这种情形的合同主要有借贷合同和租赁合同，法律仅需对合同的内容作适当调整，即租赁期限或利率依法律的规定而确定。其三，无效。除前述两类效力外，其他不具法定形式的合同一般应为无效。[27]

3.分析形式强制规范的目的

通过分析各种形式强制规范的立法目的，分别设计不同效力。例如：其一，对关系经济安全、社会秩序、民事主体重大利益的合同形式强制规则，应当认定为是强制性规定，未依法履行特定形式的合同严格无效。其二，仅关乎双方当事人私益的合同，如果有其他证据足以证明合同的主要权利义务关系，就应本着保护交易、鼓励自治的原

则，合同应有效，并通过合同解释、调查手段弥补合同形式上的不足所造成的证据缺陷。[28] 为关照弱势群体，现代合同法出现了一定程度的“形式主义复兴”。因为对弱势群体的特殊保护涉及社会公共利益，与其相关的合同形式规范属于强制性规范，违反则可能导致合同无效。[29]

四 《合同法》第36条

（一）合理性及其问题

1.“履行治愈”的合理性

《合同法》第36条规定：“法律、行政法规规定或者当事人约定采用书面形式订立合同，当事人未采用书面形式但一方已经履行主要义务，对方接受的，该合同成立。”它缓和了形式强制的法律效力，学说上称为形式瑕疵的“履行治愈”。

对其合理性，有学者归结为两方面：一是“实事求是”，履行和接受表示双方都承认合同；二是利益衡平，此时若拘泥于形式问题而否定合同的成立，不仅不符合当事人的意思，而且对双方均不利。该规定是在订立合同的形式问题与实际已达到的情况之间衡量选择的结果，体现了合同法鼓励交易、便利交易、尊重当事人自由意志的法律原则。[30] 或将其归结为对当事人信赖的保护。[31]

2.对《合同法》第36条的批评

学者对《合同法》第36条的批评意见，主要集中在如下方面：

（1）将例外规则当作一般规则，导致法律“体系违反”

在比较法上，德国、中国台湾地区均未将履行作为合同形式瑕疵的一般补正方法，只例外规定某几种合同的形式瑕疵可因履行得到补正。从国外的这一立法例出发，诸多学者都猛烈批判了《合同法》第36条，认为它将履行作为合同形式瑕疵的一般补正方法是不妥当的。因为从体系上看，第36条适用于各种“应采用书面形式订立”的合同，属于一般规则（第37条同样如此），而《合同法》第10条第2款又同时肯定“法律、行政法规规定采用书面形式的，应当采用书面形式”。这样，“对于同一问题，在确立一项规则予以肯定的同时，又另立一项规则予以否定。这样的规则设计明显有悖常理，患有严重的‘精神分裂症’”[32] 。

（2）削弱了合同形式强制的要求，可能会损害一方利益

《合同法》第36条会架空合同强制规范的立法目的，“等于承认了即使没有以法律规定或者约定的书面形式订立，合同也可成立”[33]，甚至“足以摧毁形式强制的存在价值，架空法定要式规范功能的立法目的”[34]。还有学者认为，它可能滋生欺诈与投机，损害弱势交易相对人（普通消费者）利益，甚至“成为理性商人的行为指南，在利益驱动下，商人们常常是置法定书面形式对交易相对人利益的保障于不顾，利用各种商业伎俩，逃避法定形式可能施加于他们的交易成本或负担，以实际履行来达成交易”[35]。此外，在合同因未签字或盖章而不能成立时，受害人只能请求对方承担缔约过失责任，赔偿信赖利益。但《合同法》第42条规定的缔约过失责任以故意为前提，受害人的赔偿请求受很大限制。[36]

（3）后果模式规定不完全

该条规定的法律效力不完全，体现在两个方面：一是未规定合同形式瑕疵因履行而补正时，合同效力自何时发生，是否具有溯及力。二是对继续性合同，未规定补正是否使合同将来亦长期有效。[37]

（4）适用标准模糊，可能会混淆合同与无债清偿不当得利的界限

首先，该条规定的“一方已经履行主要义务，对方接受的”难以认定，因为“履行与接受，也仅作为一种现象，而不能据以推断出双方有合意，更不能推断出一方有履行义务，另一方有清偿受领权”[38]。一方履行可能是当事人认为合同尚未成立而作出的实物要约，另一方接受也可能是以为系赠与或基于其他原因而接受，因而构成不当得利，故该规定可能会混淆与无债清偿不当得利之债之间的界线，非常不利于对已经履行主要义务者的保护。[39] 其次，双方对合同的其他内容分歧也可能较大，而且缺乏足够的证据证明这些内容。“履行主要义务”可被理解为给付数量上占合同约定的大部分，也可被理解为已经履行了主给付义务，尚未履行从给付义务或附随义务。两种理解将会产生迥然不同的裁判结果，有损法律适用的确定性。[40]

（二）限缩解释与立法论

既然《合同法》第36条有上述缺陷，学者提出了诸多解释论方案或立法论建议。其整体思路是，如何妥善平衡形式强制与形式自由之间的冲突，如何妥善平衡当事人的信赖利益与其他利益之间的冲突。

1.限缩解释

对《合同法》第36条的适用，学者多主张予以限缩解释。如认为，对第36条中的“一方已经履行主要义务，对方接受的”应作如下限

制：其一，须有预备性协议。主张合同成立的一方当事人应证明双方当事人间已有预备性协议，以与无债清偿的不当得利区分。其二，须双方皆不知法定的形式要求。如双方明知合同须具备书面形式才能成立，而故意不遵守的，应认定合同不成立。其三，明知合同须具备法定形式要求的一方，不得违背诚实信用原则主张合同不成立。[41]

亦有学者主张应增加如下限制条件：其一，只有一方当事人已经履行义务，该义务必须是主给付义务，且已经全部履行。其二，双方已经履行义务，则只需要已经履行大部分主给付义务。其三，必须有充分证据证明双方已经就合同的主要内容达成合意。其四，合同形式瑕疵因履行而补正不具有溯及力，合同只能从履行被接受时成立，双方履行大部分主给付义务的，合同从后履行方的给付被对方接受时成立。其五，欠缺法定形式的继续性合同因履行而成立的，其效力仅限于实际履行所对应的期间，但当事人对合同按照约定的期限已经产生合理信赖并为此进行了某种投入或安排的，合同应当按照约定的期限发生效力。[42]

2.立法论

在宏观上，有学者建议废除一般性的治愈规定，履行治愈形式瑕疵的规定仅适用于个别具体的合同类型。至于哪些具体类型的合同可以因履行治愈其要式欠缺，需要权衡要式规范的目的与当事人履行后的信赖状态，判断谁居于优势地位，更值得受到保护。[43]

在细节上，学界主要讨论第36条使用的“该合同成立”。如认为这一用语完全多余，应予删除。因为如何认定“一方的履行”是履行“合同的主要义务”，“一方的接受”是接受合同履行，纯属当事人的举证责任。[44] 或建议将第36条的“合同成立”修改为“合同有效”，因为“合同成立”意味着当事人即便已经履行完了合同，还必须补办法定形式让其生效。[45]

五　评论

合同形式自由是契约自由的内容之一，合同形式强制是例外规则。正因为它是例外，就必须有充分的理由。故学界的深入讨论殊有必要。学界对合同法定形式的争议，可归为如下几个核心问题：

1.是否应区分合同的法定形式与意定形式

《合同法》将“法律、行政法规规定或者当事人约定”并列，没有区分合同的法定形式与约定形式。诸多围绕违反形式强制效力的争论

盖源于此。

约定形式与法定形式的制度目的截然不同。承认约定形式的合理性是：当事人可以通过约定形式获得一个犹豫期，一方或双方可以依据市场情况或自身条件等因素的变化，稳妥决定是否正式订立书面合同。合同法定形式的目的则不尽相同，有为行政管理便利的（如征税），也有渗透国家父爱情怀的（如保护消费者）。可见，不区分两者，统一规定违反形式强制的效力，难谓周全。

就《合同法》第36条而言，当事人约定了书面形式但没采取书面形式，双方的履行行为或接受行为可视为当事人以“可推断的行为”废除形式约定，适用第36条自然不存在障碍，且可适用于所有种类的合同。但对法定形式，若一概许可当事人通过履行来“治愈”形式瑕疵，必然使合同形式管制规范目的全部落空。若作这样的区分，则第36条的价值不大，而且还徒增认定“履行行为”与“接受行为”的难度，不如废除。

2.是否应区分《合同法》上的形式强制与其他法律中的形式强制

《合同法》规定了某些合同应采取书面形式，如建设工程施工合同、融资租赁合同等。其他行政管理法、社会法也规定一些合同必须采取书面形式。此外，因我国涉及专利、商标和外商投资的法律并没严格区分公法与私法，其有关合同法定形式的规定，亦可视为公法规范。违反《合同法》与这些法律的书面合同形式要求的效力应否有差别？如依据《招投标法》第3条应强制招标的项目，双方在招投标后没有采取书面形式的建设工程施工合同，与自愿招标建设工程施工合同没有采取书面形式的合同，两者的效力应否相同？

首先，违反《合同法》形式强制要求的合同，若符合《合同法》第36条规定的，应认定其成立。换言之，《合同法》第10条第2款及《合同法》分则中的书面合同形式规定，均为倡导性规范，与当事人书面形式的约定没有差异。因为它们大多为呵护平等主体私利的“爱心规范”，当事人能证明合同成立的，过多管制无益，反而可能徒增欺诈与讼累。

其次，从自治与管制的关系看，违反公法、社会法上的合同形式强制规定的合同，其效力应依《合同法司法解释二》判断，即区分效力性规范与管理性规范。有学者建议在判断时引入比例原则，从三个方面衡量违反形式强制的合同之效力：①要式目的的正当性；②形式强制的必要性；③要式目的与形式强制间符合比例关系，即考量对于要式欠缺的制裁手段是否与达成目的之需要程度不成比例。[46] 实践中，在对规范性质认定出现疑义时，一般宜均认定为管理性规范：若

系为行政管理的便利设立，当然应认定为管理性规范，以保障私人自治；若系为保护弱势群体而设，也不宜一概认定为效力性规范，而应视个案中合同成立是否有利于法律特别保护的一方当事人而定。如法律为保护消费者、劳动者而规定某些合同必须采取书面形式时，一概认定合同有效或无效，都可能无法实现立法目的。

此外，《合同法》第44条规定，“依法成立的合同，自成立时生效。法律、行政法规规定应当办理批准、登记等手续生效的，依照其规定”。尽管登记与批准可理解为合同成立的特殊形式，但鉴于《合同法》将其规定于合同效力中，应认为它系合同效力问题，而非合同成立问题。

3.合同法定形式要件为特别成立要件还是特别生效要件

有法官认为，因欠缺形式要件导致的合同不成立和不生效区别不大，二者都导致当事人的缔约目的不能实现，都有可能引起缔约过失责任或者侵权之债等。[47] 这一结论即使成立，阐释违反形式强制的合同效力，也是合同法学不得不完成的理论建构任务。

尽管依《合同法》第36条，未采法定或约定书面形式的合同不成立，将书面形式作为合同成立的特别要件，但在理论上，采特别生效要件说可能更为妥当。理由为：

其一，特别生效要件更能调和私法自治与国家强制。

合同成立既是事实问题（当事人达成了合意的事实），也是法律问题（对哪些事项达成合意，才构成法律上的合意，合同才成立）。当事人就合同必要之点达成了合意的，表明当事人有成立合同的意愿。无论是从自治理念还是管制目的来看，法律都没有理由认为此时合同不成立。法律规定某些合同类型必须采取特定形式，就意味着法律并不禁止合同订立，反之，法律应鼓励当事人从事这些交易，但恰好是这类合同的重要性引发了国家的形式强制。特别成立要件说实质上将国家权力的触角延伸到了合同成立领域，强行干预当事人的合意事实。特别生效要件说则只干预合同效力，不评价合同成立，至少在理论上更体现了克制国家权力的姿态。

其二，要式合同与要物合同的成立应有区别。

要式合同与要物合同在合同成立方面的核心差异在于，前者不否认当事人的合意，而只是管制合同形式；后者赋予一方选择是否交付物来决定成立合同。传统上，要式与要物都是合同的特别成立要件。但要物合同主要系保障好意施惠人的利益，让其通过交付行为选择是否成立合同，其目的主要是弱化合意的约束力。而要式合同适用的种

类繁多，一概认定未采书面形式的合同不成立，难以实现个案正义。

其三，特别生效要件说可赋予当事人补正合同效力的机会。

特别生效要件说认为，未采书面形式的合同无效，但无效可通过当事人的履行补正。若采特别成立要件说，则当事人履行合同的，只能通过履行治愈规则解释其合同成立。但在逻辑上难以解释：一个已不成立的合同，何以会因为履行起死回生，重新成立？

此外，与特别成立要件说相关的证据资格说与我国民诉证据实务多有不合。实务中，违反形式强制的合同，当事人提供的证据若符合证据三性的，不应导致证据失权。

第二节　强制缔约

一　强制缔约的界定及其价值

（一）强制缔约的界定

契约自由与契约正义几乎构成了20世纪以来合同法发展的主题。学界除了天马行空的宏观理念勾勒，也有对具体制度与规则的深描。其中，强制缔约制度备受学者青睐，因为与对格式条款的限制等制度相比，它对契约自由原则可谓釜底抽薪，甚至完全否定自由。概言之，强制缔约与合同自由可谓新社会情势下的两极。

1.强制缔约的定义

强制缔约是指合同的订立不以当事人的合意为要件，只要一方提出缔约请求，另一方就负有法定的缔约义务。[48]　这是最简练的定义。亦有学者接受德国通说，认为它是“根据法律制度规范及其解释，为一个受益人的合法权益，在无权利主体意思拘束的情况下，使一个权利主体负担与该受益人签订具有特定内容或者应由中立方指定内容的合同的义务”[49]。强调了强制缔约的义务来源与缔约内容。

学界对强制缔约界定的核心差异，主要在于两方面：其一，是否包含强制要约？大多数定义不涉及这一问题，但也有学者区分了广义与狭义的强制缔约。前者不仅包括受要约人对要约人的要约有承诺义务，也包括特定的主体有向他人发出要约的义务；后者即个人或企业负有应相对人之请求，与其订立合同的义务，即对相对人的要约，非有正当理由不得拒绝承诺。[50]　其二，是否包括双方强制缔约？学界对此讨论较少，但也有学者明确承认法律可能对双方都施加强制缔约

义务。[51]

2.强制缔约与优先购买权

强制缔约与优先购买权都无法见容于契约自由。优先购买权是否为一种强制缔约，学界观点不同。

否定说认为，优先购买权并不具有强制缔约的效力。因为：①优先购买权是法律基于特殊的政策考量，赋予一方的优先缔约权，当事人的缔约能力往往没有差异。而强制缔约则以双方没有同等的缔约能力为前提。[52] ②法定优先购买权赋予一方优先选择权；强制缔约制度则不只是赋予选择权，还使一方实际获得商品或服务。③优先购买权人权利受损时，可要求对方承担差额利益的赔偿；违反强制缔约义务的首要的救济手段是实际履行。④在优先购买权制度中，出卖人愿意参与交易，法定优先权的行使对其收益并无影响；在强制缔约中，被强制人实质上拒绝交易，不想提供商品或者服务。⑤“同等条件”是适用优先购买权的关键，强制缔约则不存在合同条件的竞争问题。⑥优先购买权制度主要体现效率原则，其次是保护弱者原则；强制缔约制度的目的在于维护基本民生所需、维护市场良性竞争秩序与保护人格平等。[53]

折中说认为，若将承租人的优先购买权界定为形成权，在承租人向出租人作出购买租赁物的意思表示时，双方之间当然形成买卖关系，不存在强制缔约问题；但若采请求权说，则出租人就租赁物负有与承租人成立买卖合同的强制缔约义务。[54]

3.强制缔约的性质

经强制缔约的合同，是否为法定之债？或者说，强制缔约是否要经过合同的法定成立程序？

学界均认为，强制缔约应经过缔约程序。如认为在强制缔约中，法律行为制度依然有较为广泛的适用范围，缔约的一方必须至少具有订立合同的意思表示，对另一方可采取“拟制”或“默示推定”的方式。强制缔约仍然是法律行为制度的一部分，而不是法定的债。[55] 或指出强制缔约仍然要经过要约和承诺程序，不过一方必须作出承诺，一方作出承诺之前，合同不成立。[56] 或明确指出，强制缔约并不包括对缔约内容的限制。因为在适用强制缔约时，无论法律规定的还是由中立方提供的合同条款，只有经过双方当事人合意，才可以成为合同的内容。即使对合同内容存在强制，也并不代表强制缔约包含对合同内容的强制，而是法律结合了强制缔约与缔约内容强制这两类干预合同自由的方式。[57]

（二）强制缔约的制度价值

对强制缔约的意义，通说将其作为克服契约自由流弊的措施，与合同自由、竞争自由相互补充，共同实现合同法领域的正义。[58] 更有学者强调它是私法自治衰落的表现之一，对既有合同法律制度形成了一定的冲击，是私法社会化的表现，体现了消费者保护的思想。[59] 有学者认为它的目的是，实现社会保障、维护市场开放和良性竞争秩序、保护消费者和实现人格平等原则，故使一方负担必须与交易相对人订立合同的义务。[60]

但另有学者则从私法自治原则出发，认为强制缔约是法律想当然虚拟的制度："强制缔约不仅是错误的命题，还是一个伪命题。"因为一方当事人有缔约的义务并不等于契约可以强制签订。[61]

二　强制缔约的类型

对于强制缔约的类型，学界的争议主要集中为两个问题：一是强制要约与强制承诺；二是直接强制缔约与间接强制缔约。

（一）强制要约与强制承诺

强制缔约通常被理解为强制与他人订立合同，即强制承诺。但是否包括强制要约，即根据法律，某一主体有义务向他人发出要约以订立合同，[62] 学界见解不同。

1.肯定说

肯定说认为，区分强制要约与强制承诺的法律意义在于：其一，能够明了负担强制缔约义务的主体，为确定拒绝强制缔约者的法律责任提供前提。其二，违反强制要约义务的，只有在相对人愿意承诺的情形合同才能成立；违反强制承诺义务场合，强制义务人履行义务可以使合同成立。[63] 或以公共交通领域为例说明强制要约与强制承诺的具体区别：若公交公司承担的是强制承诺义务，则公共汽车的运行为要约邀请，公共汽车公司非有正当理由，不得拒绝相对人的乘车要约；若公交公司承担的是强制要约义务，则公共汽车的运行本身即为要约，公交公司拒绝载客的，就可能构成违约行为。[64]

实务界人士更另辟蹊径，主张在医疗、公交和邮政等公共事业服务中，应明确规定"承诺在先，要约在后"。一旦受服务者以行为表明要约，其合同立即成立。其价值在于：其一，有利于对公民基本权利的保障。实行"承诺在先"原则可以保障公民行使健康权、生存权、人身自由权等基本权利。其二，有利于对弱势群体的保护，限制垄断行

业的垄断权。其三，解决了司法实践中的法律适用问题。[65]

2.否定说

认为强制要约这一概念欠妥。如依据《机动车交通事故责任强制保险条例》第2条，对机动车的所有人或者管理人课以的强制订立机动车责任保险合同的义务，但这种义务并非民法上的义务。而且，对要约的强制并不能达到强制缔约义务设定的目的。[66]

（二）直接强制缔约与间接强制缔约

直接强制缔约是指法律明文规定的强制缔约，间接强制缔约则是法律没有明文规定，由法院依据民法基本原则（公序良俗、权利不得滥用等）类推适用的强制缔约。这是依据强制缔约义务是否来源于法律的直接规定而对强制缔约作的分类。对这种区分，学者也有不同观点。

1.肯定说

学界大多赞同区分直接强制缔约与间接强制缔约。如认为，区分两者的法律意义在于：前者的请求权基础非常具体、明确，法律适用相对简单；后者需要借助法律解释才能最终确定，有的源于法律的基本原则，有的则源于对某具体法律规定的解释。前者包括六类：公共运输领域的强制缔约义务；电信企业的强制缔约义务；供电企业的强制缔约义务；供水、供气、供热企业的强制缔约义务；医院及医生在危重病人就医、急诊情形的强制缔约义务；机动车交通事故责任强制保险。后者目前至少应包含四类：建设用地使用权续期场合的强制缔约义务；商店在一定情形的强制缔约义务；理发、住宿、餐饮等服务业在一定情形的强制缔约义务；地役权制度中的强制缔约义务。[67]但不宜将预约、房屋买卖中介合同约定的委托人必须签订房屋买卖合同、法院判决以物抵债、以行政手段拆迁房屋划归强制缔约制度。实践中，对国有银行剥离不良债权采取强制缔约的方式，也产生了负面影响。[68]

但对两者的类型，学界看法并不一致。有学者认为，直接强制缔约与间接强制缔约本身即说明强制缔约制度具有相当的弹性和扩展性，不排除为了实现特定法律目标，通过立法或法律适用的手段予以适当地扩张解释和适用。[69]

2.否定说

否定说认为，直接强制缔约与间接强制缔约实质上均需裁量后决定是否适用，它们的区分仅在于表面上是否有法律明文规定。直接强制缔约并非意味着法官可直接适用该制度，仅说明在法律明确规定时

可以考虑适用。它并不排斥在具体情况下的自由裁量，相反，法官还必须裁量。可见，它也表现为民法解释学中的类推适用，故这一分类标准并非精确。[70]

（三）强制缔约的新分类

除了前述标准外，学界还引入了强制缔约的新分类标准。主要包括：绝对的缔约强制和相对的缔约强制；内容型强制缔约、对象型强制缔约和强制承诺。或依据受保护的法益或适用的范围，区分强制缔约的类型。

1.绝对的缔约强制和相对的缔约强制

前者是指在符合法律规定的构成要件时，法官没有自由裁量权，必须严格适用缔约强制的制度，被强制人不存在任何抗辩事由，权利人通常可以径行要求强制执行实际履行；只有在因特殊人身因素而导致无法强制执行时，才例外地考虑损害赔偿等救济手段，如公用水、气、电合同。后者是指在符合法律规定的情形时，推定可以适用强制缔约制度，先推定经营者必须与相对人订立合同，但经营者可以通过证明其享有合法拒绝订立合同的事由，提出抗辩。[71]

2.内容型强制缔约、对象型强制缔约和强制承诺

“内容型强制缔约”是指强制主体从事积极行为以订立某种类型的契约，例如强制投保第三者责任险。“对象型强制缔约”是指强制主体只能与某些特定相对人订立契约，它与“强制承诺”的区别是：前者强制义务人与某一特定相对人缔约，主要手段是赋予特定企事业法定垄断地位，主要约束对象是普通消费者；后者则强制义务人与所有符合条件的相对人缔约，不得存在差别待遇，主要规制公用企事业。[72]但有学者并不接受这种类型划分的创新，认为它“分类标准模糊且不在同一逻辑层次”。三种类型存在交叉关系，即内容型强制缔约、对象型强制缔约中都可能存有强制承诺。[73]

3.依据受保护的法益或适用的范围区分

有学者依据强制缔约保护的法益不同，将其概括为如下六类：基于维护社会公共利益的需要；为保护在社会上居于弱势地位的某些特殊群体的利益；为维护或恢复以竞争为基础的市场经济的正常运作；国家为实现一定的政治上和经济上的目的；出于保障生命、身体和健康权益的需要；基于平等权，反对缔约歧视。[74]

此外，也有学者试图依据适用范围构建如下类型：首先，在重要的民生保障部门法中，规定法定的绝对强制缔约制度，保障民事主体的基本生存；其次，在反垄断法中，从维护市场竞争秩序和保障市场

开放性的角度出发，规定强制缔约；最后，依据保护消费者和保障人格平等原则，在违反善良风俗原则时，可以适用强制缔约制度。[75]

三　强制缔约的法律效力

强制缔约义务的效力一般分为直接效力与间接效力。前者是指强制缔约当事人的缔约义务；后者是指违反强制缔约义务应承担的法律责任。

（一）直接效力

直接效力体现为缔约义务人必须订立合同，不能拒绝不特定相对人的缔约要求。学界有疑义的是如下两个问题：

其一，合同是否自相对方提出要约就可成立，并不要求义务人必须承诺？大多数学者认为，此时，义务人没有明确表示缔约的，或对缔约保持沉默的，通常可以采取“拟制”或者“默示推定”的方式。[76] 也有学者基于合同成立必须经过要约—承诺程序，明确反对这种观点。[77]

其二，强制缔约义务是否许可义务人提出抗辩？大多数学者均认为，缔约义务人拒绝缔约无正当理由的，应承担责任。相应地，缔约义务人可以提出“正当理由”抗辩。亦有学者明确指出，强制缔约义务并不是绝对的，若义务人有正当理由，可以拒绝他人的订约请求或拒绝与他人订立契约。何为“正当理由”，应该结合法律规范的目的与客观情势等予以综合考察。[78] 如前所述，这也是学者主张不宜采直接/间接强制缔约分类的重要理由。

（二）间接效力

缔约义务人不订立合同，应承担何种责任？对此，学者间意见不一。焦点可概括为如下三个：

1.义务人是否承担实际履行缔约的义务

肯定说认为，在相对人需要缔约，责令缔约义务人缔约又不违反现代伦理时，应当强制缔约义务人与相对人签订合同。[79]

折中说认为，若合同属于一时性合同，没必要强制实际履行缔约的义务；若为继续性合同，尤其缔约内容涉及的是生存和生活必需品时，为保障相对人能够获得基本的生存和生活条件，应认定实际履行。此外，依据法律规范的目的，强制实际履行对相对人的保护更优时，也可适用强制履行。[80]

2.义务人承担损害赔偿责任的性质如何

对这一定性问题，学界的观点可以概括为三种：

其一，缔约过失责任说。强制缔约义务是先合同义务，强制缔约义务人在违反义务且给相对人造成损害时，应承担缔约过失责任。违反强制缔约义务难以构成侵权责任，因为拒绝缔约并非侵权行为，没有造成相对人绝对权益的损害。[81]

其二，独立责任说。强制缔约义务的设立，是为使公共服务部门履行其应尽的社会职能，以满足人民基本的生活需要，体现着对社会弱者的救济。由于中国目前侵权责任的规范及违反强制缔约义务承担方式的特殊性，不宜把违反强制缔约义务的民事责任纳入侵权责任体系，而应将其定位在与缔约过失责任、违约责任相并列的、与合同相关的责任类型。[82]

其三，侵权责任与违约责任竞合说。强制缔约制度的目的，就是以拟制相对人同意的方式甚至以命令的强制方式来满足请求缔约人的要求，因此，义务人在导致权利人的合同目的无法实现时，必须承担违约损害赔偿责任。损害赔偿的范围包括缔约人因合同机会丧失而遭受的损害。在特殊类型的强制缔约中（如保障宪法的基本权利），确实存在违约责任与侵权责任的竞合问题。如在过错侵害他人平等就业权，且无法强制实际履行缔约义务的，受雇人可主张如精神损害赔偿等侵权责任的救济。在符合以违反善良风俗致他人损害的要件时，被强制人拒绝订立合同，也可构成侵权行为。[83] 或认为，拒绝缔约通常应构成侵权责任，如权利主体为特定人时，义务人应承担违约责任。[84]

此外，诸多学者都指出，强制缔约义务多来源于公法设定的义务，如宪法性的基本权利、公平交易限制垄断、保护消费者目的等，违反这类公法义务时，被强制人还可能承担公法上的惩罚，如取缔营业许可、缴纳不当限制竞争的罚金等。[85]

3.义务人的损害赔偿责任是否以过错为条件

学界对此存有歧见。倾向于肯定说的学者认为，无论将义务人的赔偿义务界定为何种责任，都需要缔约义务人没有正当理由地拒绝缔约、相对人因拒绝缔约而遭受损失、缔约义务人对此有过错及因果关系四个构成要件。[86]

否定说则认为，不必强调缔约义务人的过错，也不必以造成损害为前提条件，责任方式主要是要求公共服务部门“实际履行”强制缔约义务。[87]

四　评论

强制缔约在合同法领域中最能体现社会分化与复杂化后的合同发展趋向。其中，尤其是涉及公法与私法交融的问题，值得深入讨论。强制缔约领域尚需进一步明确的主要问题包括：强制缔约是否应纳入强制要约？强制缔约中的公法与私法的关系应如何看待？强制缔约合同的内容如何确定？

1.强制缔约是否应纳入强制要约

毋庸置疑，强制要约即使存在，其地位也难与强制承诺相提并论。强制要约比强制承诺中的国家强制因素要更上层楼。传统上，强制要约的极端形式是强迫工人参与劳动（劳动奉献义务）、特定物资被强制售予特定的机关（供出义务），这在纳粹时期最为明显，[88]合同彼时完全成为专制权力的粉饰。由此，强制要约制度也应运而生。从学理上说，强制要约与命令契约（Diktierter　Vertrag）似可等同。后者是指行政机关通过行政处分取代当事人的意思，直接在当事人之间成立合同，其最突出的性质是法律对双方都课以强制缔约的义务。它完全与当事人的自由意志无关，无疑是国家干预契约自由的强度最高的法律形式。出于对国家权力的怵惕之心，强制要约自然应从合同法中剔除。

但完全排除强制要约，可能会存在两个问题：一是它在现实中确实存在，理论上也难以回避。若全然否定强制要约，《合同法》第38条有关依据计划缔约的规定也难以解释，即“国家需要下达指令性任务或者国家订货任务的，有关法人、其他组织之间应当依照有关法律、行政法规规定的权利和义务订立合同”。此外，商法也有强制要约的规定。如依据《证券法》第88条，上市公司收购过程中，投资者持有的股份达30%后，如需继续收购的，则必须向该公司的全体股东发出收购股份的要约。《邮政法》等也有类似的规定。二是可能会导致强制缔约制度的根本目的难以实现。虽然电信、电力、邮政等公共事业需承担强制承诺的义务，但若边远山区的相对人不知道自己权利的，完全可能不会提出缔约要求。若规定它们有强制要约义务，则其必须提供基础设施和服务以满足相对人的缔约要求。

2.强制缔约中的公法与私法关系应如何看待

关于强制缔约中的公法与私法关系问题，值得思考的是如下几方面：

其一，“公法遁入私法”现象。强制缔约多与现代国家的基本人权

保障义务有关。众所周知，在和平时期，现代国家的合法性很大一部分来自于民生保障，国家也因此承担了普遍的行政给付义务，以保障基本人权。如获得现代能源是一项新型人权，对应于政府的普遍服务（universal services）义务。但国家却可能将这一义务转嫁给企业，如《电力法》第26条第1款规定了供电企业对其营业区内用户的强制缔约义务，间接确认了企业实际上应承担普遍服务义务。但将其作为电力企业的法定义务，不仅使国家免于承担其义务，而且还会使电力企业难与国家权力真正脱钩成为市场主体，进一步强化其垄断，使电力企业以承担普遍服务义务为对价取得垄断权。更为普遍的是，为消除私法领域中的歧视、实现法律上的平等权，法律规定了大量的强制缔约义务，这实际上使私主体承担了国家保护公民平等权的义务。这可谓“公法遁入私法”的典型体现。但私法自治本来就意味着歧视，私主体承担宪法义务，意味着普遍承认了“宪法对第三人的效力”。是否妥适，似有很大的讨论空间。

其二，强制缔约缔结的合同，到底是民事合同还是行政合同？强制缔约义务的法源，既有私法（姑且认为社会法为私法的特别领域），也有公法；前者产生的是私法上的义务，后者则产生行政法上的义务。相应地，也可认定基于前者产生的是民事合同，后者为行政合同。但因我国私法包括了众多行政管理规范，单以法源来区分公法合同与私法合同，可能会混淆公法与私法。

3.强制缔约合同的内容如何确定

原则上，强制缔约只规定了特定主体在特定交易领域的缔约义务，它限制的只是缔结契约的自由及选择契约相对人的自由，并不对缔约内容进行强制。但若不对缔约内容进行限制，义务人完全可能提高交易条件，使相对人知难而退、放弃缔约。可见，强制缔约隐含了以合理交易条件缔约的内容。“合理”的判断通常较为简单，因强制缔约义务人所从事的都是标准化交易，直接适用标准条件即可。若实行非标准化交易的，“合理”通常应由行政机构或中立的第三人认定。

第三节　格式条款

一　格式条款界定及其调控必要性

（一）格式条款的界定

《合同法》第39条第2款将格式条款界定为：“当事人为了重复使

用而预先拟定，并在订立合同时未与对方协商的条款。”它将“重复使用”、“预先拟定”和“未与对方协商”作为格式条款的三个核心要素。学界围绕格式合同的界定，讨论的问题如下。

1.格式条款的定义

“预先拟定”是条款订入合同的当然前提。但对“重复使用”和“未与对方协商”，学者则有不同意见。

“重复使用”要求格式合同必须多次使用，排除了双方当事人一次性使用的格式条款，受到了一些学者的批评。如认为它旨在说明“预先拟定”的目的，只是其经济职能，而不是其法律特征。格式条款的形式特征是规格化、定型化，至于该条款是否已经重复使用，则非所问。[89] 或指出“重复使用”只是格式条款的表面特征，其实质是一方与不特定的多数人订约。[90]

“未与对方协商”同样被诸多学者反对。如认为应将其改为“对方不能协商”，理由是格式条款只是指不能协商的条款，一方可以协商而不协商或放弃协商权利的，不能认为未协商的格式条款。[91] 或表述为“相对人不得对此提出异议”或“相对人不得协商”的条款。[92] 或建议将格式条款界定为“一方当事人为了重复使用而预先拟定，并在订立合同时不允许相对方与之协商的合同条款”[93] 。

2.格式条款与格式合同

《合同法》没采用“格式合同”而使用了“格式条款”。有学者予以肯定，因为格式条款虽然可能构成一个完整的合同，但在绝大多数情形，它们只是合同中的部分条款。采用“格式条款”意味着合同中的条款可以分为两部分：格式条款与非格式条款。因此，即使不存在书面合同，对已纳入合同或将要纳入合同的格式条款，也可以适用《合同法》中的格式条款规范。[94] 或认为《合同法》的术语使用“较具科学性”，有利于保护经济弱者和条款相对人的利益。[95] 总之，格式条款的范围远大于格式合同，规定“格式条款”更接近契约正义。

3.格式条款的识别

（1）一般标准

学界就如何识别格式条款提出了诸多标准。如认为判断格式条款不能单以条款外形为标准，即不能简单地将印成书面体的条款认定为格式条款，手写的条款即为非格式条款。应当兼顾其他各种事实，包括当事人是否有真正的契约自由，是否有防卫其利益的机会和手段，是否能影响合同内容，特别是当事人的相对缔约机会与缔约能力、专业知识、一般商业知识与经验。在具体操作上，基于大量印刷的格式

条款而订立的合同应推定为格式合同，主张该合同为非格式合同的一方，必须对当事人已就格式条款自由商议的事实负举证责任。[96] 或从格式条款的定义出发，认为必须从预先制定、多次重复使用、单方提出、未经磋商等方面认定合同条款是否为格式条款。但在消费者合同中，经营者一次性使用、消费者无法改变其内容的条款，应类推适用格式条款，以强化对消费者的保护。经营者之间使用格式条款时，商事惯例和经营者之间的特殊联系，可以成为否定格式条款属性的特定事由。[97]

（2）具体情形

示范合同是实践中常用的合同类型，如建设工程施工合同等。学界均区分格式条款与示范合同。如认为最重要的区别在于对方能否协商合同内容。[98] 或认为示范合同为当事人合同的“示范”，就说明当事人无必须使用的义务。若一方将该示范合同作为自己与相对人订立合同所重复使用的文本，并不允许相对人对其内容作变更，则应视为格式条款。[99]

《消费者权益保护法》将经营者使用的格式合同、通知、声明、店堂告示等方式并列，对其作了调整。有学者指出，通知、声明、店堂告示等大多包括了格式条款，不承认其为格式合同条款不妥。以公告、告示等方式提出的文件构成格式条款，除了需要订入合同程序外，还必须要看这些文件的全部或部分内容能否纳入合同，是否已经纳入合同；是否能独立成为合同条款。[100]

（二）格式条款调控的意义

在“商业压倒工业”（凡勃伦语）的今天，商业运作中的标准化、规模化交易无疑需要格式合同来降低成本。如果没有格式条款，工业、贸易和商业部门的运作将变得难以想象。饶是如此，格式合同的弊端，尤其是它对契约自由的破坏，一直为学界重视。

格式条款对社会生态的影响深远，映照了现实社会的企业与消费者缔约力量对比。有学者将其表达为：“使用格式条款的工商业组织虽将消费者尊称为‘上帝’，但也通过格式条款将消费者驯服为奴隶，以至于消费者‘上帝’的尊严只能从沿街叫卖的小商贩那里才能获取。”[101] 这一言论虽然感性，但无疑契合大多数民众的生活经验，尤其是在国有经济具有压倒性优势的社会。在合同法上，有学者将合同的变迁总结为：“实际上已经演化为内在二重区分的双轨体系：针对经当事人自由磋商形成的合同和基于格式条款产生的合同（或者部分合同内容）。”[102] 可谓一言中的。因此，早在20多年以前，就有学者感慨“如何规制格式条款的效力即成为现代合同法的一大课

题。”[103] 因此，如何规制格式合同，是合同法学的一大重要问题。

二　免责格式条款的订入

（一）《合同法》第39条第1款的规范性质

《合同法》第39条第1款规定，采用格式条款订立合同的，提供方应“遵循公平原则”确定合同内容，并采取“合理的方式提请对方注意免除或者限制其责任的条款，按照对方的要求，对该条款予以说明”。本条是对格式条款订入合同的规定，但仅限于免责格式条款的订入。对本规定的性质，学界歧义纷呈。

1.无强制效力说

该说从规范文义出发，将其解释为既非格式合同的订入规则，也非格式合同无效规则。《合同法》第39条第1款只规定了提供格式条款一方在将格式条款订入合同时所应承担的提请注意和说明的义务，但没有规定违反义务的法律效力，且没有规定格式条款订入合同是否需要对方当事人的同意。[104]

2.强制性规定说

通说认为，该款规定了使用格式条款方应承担法定提示义务和法定说明义务，是强制性规定。但对它强制的具体内容，学界又有不同见解，大致可分为如下两种。

一是订入规则说。认为它为格式条款订入合同的规则，违反该款规定者，格式条款即没有订入合同。理由是：其一，格式条款订入合同必须经过一定的程序，尽管相对人对格式条款没有自由协商的权利，但也必须有概括接受或不接受的意思表示，才能使格式条款纳入合同。[105]　提供方违反法定提示与说明义务的，将导致双方并未达成一致的格式条款没有被订入合同。[106]　　其二，《合同法》第39条位于“合同的订立”一章，依法律体系解释方法和逻辑解释方法，应解释为系格式条款订入合同的规则，只不过格式条款订入合同的规则为特别规定而已。[107]　王利明教授主持起草的民法典学者建议稿第1308条也明确规定：“未提请对方注意或应对方要求予以说明的，视为该条款未订入合同。”[108]

二是效力规则说。如果格式条款提供者违背了法定提示义务与说明义务，则该免责格式条款不发生法律效力，但只是等于没有这个条款，并非整个格式合同不生效。[109]

三是订入规则与生效规则兼具说。该款既是订立规则又是效力规

则，而第40条只是单纯的效力规则。[110]

（二）免责格式条款的订入方式与内容

学界几乎都认为，《合同法》既然将格式条款置于“合同成立”部分，就说明格式条款是合同的组成部分，它仍需以双方合意为基础，应经过要约—承诺过程才能纳入合同。[111] 对格式条款订入合同的程序，学界研究的重点为以下几个：

1.提示义务的范围

《合同法》第39条将提请注意的对象限于“免除或者限制其责任的条款”。学界对这一范围的见解不同。

多数学者认为，应将提请注意的对象扩大到所有的格式条款。任何格式条款都必须要由条款的制作人向相对人提请注意，只不过对格式化的免责条款，条款的制作人应当尽到更高的提请注意的义务。[112] 《合同法》这样限定的原因是“免责条款对相对人利益攸关，有必要特别强调”[113] 。反对意见则从文义解释出发，认为扩张解释不妥，要弥补该条的疏漏，只能通过格式合同的成立需经要约—承诺的合同成立原理解决，即格式合同提供方若不向对方提供格式条款的，对方不知道的格式条款根本不构成合同的一部分。[114]

2.“合理的方式”

《合同法》第39条第1款仅规定，采用格式条款订立合同的，提供格式条款的一方应采取合理的方式提请对方注意免除或者限制其责任的条款。对“合理方式”并未作界定。有学者建议《合同法》应当规定“合理方式”，并可界定为“能起到引起注意、提醒强调和吸引对方注意力的方式，如要求对方当事人签字、个别告知或者给免责条款以更醒目的字体、字号或标明注意事项、说明等”[115] 。学者们亦提出了五个应考虑的具体因素：①文件的外形。文件的外在表现形式应当使相对人产生它是规定当事人权利义务关系的合同条款的印象。②提起注意的方法。③清晰明白的程度，即提起相对人注意的文字或语言必须清楚明白。④提起注意的时间为合同订立之前或订立中。⑤提起注意的程度，即必须能够引起一般相对人的注意。[116]

《合同法司法解释二》第6条第1款将“合理”的方式明确为，“采用足以引起对方注意的文字、符号、字体等特别标识，并按照对方的要求对该格式条款予以说明”。

3.说明义务的产生

依《合同法》第39条，说明义务的发生以“对方要求”为前提，如

果对方没有提出要求，格式条款的提供者只有提请注意的义务，没有说明义务。有学者认为，这一规定显然不尽合理，因为它不利于保护格式条款的接受方。[117]

不同合同主体对格式条款的理解能力有别，实践中应采取何种标准认定提供方尽到了说明义务？有学者提出主客观相结合的判断标准，即原则上以理性人的认识水平和判断能力为标准，但兼顾智力欠缺者、文盲、盲人等群体的特殊情形，他们尽了最大注意义务还是无法理解免责条款内容的，应认为免责条款没有订入合同。[118]

4.相对人承诺的标准

格式条款订入合同需相对人承诺，即同意该条款订入合同。且相对人的承诺原则上应以明示同意为原则。有疑义的是如下两个规则。

其一，“签字即为同意”规则。学界对英国普通法的这一规则在中国的效力，见解不一。赞成者认为，《合同法》虽未明文这一规则，但解释上通常应肯定，因为相对人签字时没有尽到注意义务的，存在过失，不值得特殊保护。[119] 反对意见则认为，格式条款在签名后只发生订入合同的效力，但是否有拘束力，须视格式条款是否有效而定。[120] 为缓冲这一规则的严厉性，有学者认为，依交易的正常情形，相对人不可能预见到的合同“异常条款”，不应视为订入合同。[121]

其二，默示推定为同意规则。学界大多认为，默示同意是一种推定，相对人若有异议的，须负反证责任。不能以相对人知悉格式条款，因怠于为反对的意思表示，即视为其已经同意该格式条款订入合同。[122] 但若该交易存在习惯做法或商业惯例的，则无论相对人是否知悉，格式条款都可以成为合同的一部分。[123]

5.消费者合同格式条款的订入

格式条款多用于消费者领域。通常，只要消费者在格式合同书上签字，格式条款即可订入合同。有学者指出，当格式条款只规定在公告、通知等文件中时，当事人可通过默示方式缔约，但订入合同之中的格式条款必须符合合理提示的要求。对违反提示与说明义务的免责条款，《保险法》第17条规定，经营者未作提示或者明确说明的，该条款不产生效力，但《合同法司法解释二》仅赋予了合同相对人以撤销权。二者相较，《保险法》的规定更为合理，值得《消费者权益保护法》修订时借鉴。[124]

6.格式条款与非格式条款

《合同法》第41条后段规定，格式条款和非格式条款不一致时，

以后者为准。有学者认为，此时最好的方法是依据“有利于相对人”原则，结合个案，进行具体分析。因为在合同实践中，非格式条款的内容与格式条款的内容相比，并不一定当然有利于相对人。既然《合同法》已规定了“条款有疑义时为不利于使用人”（第41条中段），就没有必要再作出第41条后段规定。或可明确规定为：“如果一般契约条款的内容较个别约定条款更有利于相对人，但相对人在进行个别约定时并不知情时，则仍然应当适用一般契约条款为确定双方权利义务的依据。”[125]

三　格式条款内容控制

（一）《合同法》第39条与第40条的关系

《合同法》第40条规定：“格式条款具有本法第五十二条和第五十三条规定情形的，或者提供格式条款一方免除其责任、加重对方责任、排除对方主要权利的，该条款无效。”它与第39条是否存在矛盾，学界观点截然不同。

1.肯定说

在《合同法》出台之际，梁慧星教授即撰文指出《合同法》第39条和第40条之间存在矛盾：按照第39条第1款规定，如果格式条款的提供方履行了提示义务和说明义务的，格式合同中的免责条款就有效；第40条却认定“免除其责任”的免责条款绝对无效，因而与第39条的规定相矛盾。[126]　不少学者支持这种观点，如认为第39条和第40条“存在严重的矛盾之处”，第39条要求遵循公平原则确定权利义务，即可推断出凡是订入合同中的格式条款都是公平的，当然就不存在第40条所规定的无效条款。[127]　或认为，第40条无条件地认定所有违反第39条的条款无效，必然使提供方逃避义务，因为“提示不提示、说明不说明，该条款本身都无效，提示和说明纯属多余”[128]。徐国栋教授主持起草的《绿色民法典》删除了《合同法》第40条，只保留了第39条，[129]可能也持相同观点。

2.否定说

认为《合同法》第39条和第40条并不矛盾。理由是：《合同法》第39条针对的是未来可能发生的责任；而第40条针对的是现在应当承担的责任，是条款的制定人在格式条款中已经不合理地免除其应当承担的责任。单纯的免责条款是有效的，但条款制定人应当提请对方注意。条款的制定人不合理免除其现在应当承担的责任的，则无效。[130]　但也有学者反对这一区分，认为格式条款免除的是现在的责任还

是将来的责任，本质上并无不同，对其合法性也没有根本影响。[131]

《合同法司法解释二》第10条规定：“提供格式条款的一方当事人违反合同法第三十九条第一款的规定，并具有合同法第四十条规定的情形之一的，人民法院应当认定该格式条款无效。”它将格式条款无效的前提规定为：违反《合同法》第39条第1款，且违反《合同法》第40条。

这一规定看似化解了《合同法》第39条与第40条的矛盾，然而受到了学者强烈批评。如认为该规定“有画蛇添足之嫌”。它以违反公平原则和提请、说明义务并同时具有合同法规定的无效情形作为无效认定依据，实无必要。其理由是：一是《合同法》对格式条款无效情形规定得十分清楚，不必重复；二是对违反公平原则和提请、说明义务的情形，司法解释已经赋予了当事人的申请撤销权。[132] 甚至认为，《合同法司法解释二》第9条和第10条属于违法解释，“应弃如敝屣”，因为它们将合同的订立与合同的效力捆绑在一起，不仅违反了《合同法》，而且也自相矛盾。按照这两条规定，违反提示、说明义务的，不仅可撤销，而且发生无效效力。换言之，它对同一法律事实行使赋予两种不同效果，明显违反了法律正义。[133]

（二）格式条款内容控制

对合同内容的调控，《合同法》第39条第1款采取了公平原则来确定当事人之间的权利和义务。有学者认为，《合同法》采用公平原则作为控制格式条款效力的原则，与其他国家和地区采取的诚实信用原则不完全相同，但主要目的都在于维护契约正义。格式条款有下列情形之一的，可推定其违反公平原则：①违反平等互惠原则的条款，可以依据三种情势判断：给付与对待给付的相当性；危险分配的合理性；赔偿责任的相当性。②违反任意性规范的条款。格式条款不违反强行规范，并非当然有效，而应进一步依该条款所排除的任意性规范的立法意旨审查其效力。③妨碍达成合同目的的条款。[134]

此外，普通合同的当事人完全可以排除或变更合同法中的任意性规定，格式合同的当事人是否也有权变更？有学者持肯定说，[135] 或持折中说，认为如果格式条款中的约定违背诚信原则，不适当地损害合同相对人的利益，则不产生效力。不适当的损害利益尤其是指格式条款不符合法律的实质性基本思想。[136]

（三）格式条款无效与可撤销的认定

1.无效的认定方法

在判断格式合同效力时，针对《合同法》第39条与第40条的适

用，有学者提出，就认定免责格式条款的效力而言，《合同法》第39条与第40条相比，在法律效果和社会效果上均更具优势、合理性和可适用性。因此，法官行使自由裁量权适用法律时应慎用第40条，不能草率认定该格式条款无效。[137]

为解决《合同法》第39、40条与《合同法司法解释二》第10条之间的法律适用难题，有学者建议，对格式免责条款的规制应当按照以下步骤进行：其一，规定格式免责条款提供方有提请注意和说明的义务，若违反这一义务，视为双方并未就该条款达成一致，不被认定为合同条款。其二，若提供方没有违反这些义务而对方当事人接受的，但条款合乎《合同法》第52条和第53条情形的，无效；若该格式条款符合失权条款要件，即属于“免除自己主要义务”和“排除对方主要权利的”，无效；若格式条款只是“加重对方责任”的显失公平条款，即应按照可变更、可撤销处理。[138]

2.可撤销格式条款的认定

《合同法》第40条仅规定了免责格式条款无效，未规定格式条款是否可变更和可撤销。有学者认为，实践中绝大多数格式条款的争议都涉及条款是否显失公平，而且在许多情形，相对人可能并不愿意宣告合同无效，而只愿意变更合同条款，或者宣告合同无效不利于公正解决纠纷，故应当允许消费者依据《合同法》第54条关于显失公平的规定，变更或撤销该格式合同的条款。[139]

《合同法司法解释二》第9条回应了这一建议，规定格式条款提供方违反提示和说明义务，导致对方没有注意免责条款的，对方可以申请撤销该格式条款。

四　格式条款的行政规制

对格式条款的管制主要是行政管制与司法控制两种。两者的区别在于，行政管制重在预防功能，在诉讼发生之前调控格式条款的内容；司法控制重在救济，为事后控制。

《合同法》第127条规定，工商行政管理部门和其他有关行政主管部门在各自的职权范围内，依照法律、行政法规，对利用合同危害国家利益、社会公共利益的违法行为，负责监督处理。有学者认为，本条规定似乎剥夺了行政机关的管制职能，这不利于对格式合同的管制，建议赋予行政机关对格式合同的审查权与监督权。[140]

《合同法》并没有区分合同类型，而是采取了一般性规定的方

式。这种做法也受到一些批评。如认为，《合同法》不应将供用电、水、气、热力合同规定为与买卖合同相并列的典型合同形态，而应当通过单行规章的形式确定此类格式合同的内容。在通过事前立法审查后，这类以行政规章表现的社会供给格式，其合同将免受司法上的内容控制。[141] 或认为，《合同法》可以规定自然垄断企业的商品或服务由相关部门进行价格管制，同时规定公用企业的立法机构只能是全国人民代表大会及其常委会或其授权的国务院，而不能是具体的行政管理部门，以超越部门利益之争。可资借鉴的行政管制方法主要有两种：一是由工商行政管理机关对普通格式合同的内容在其公开前先予审核，经核准后方准许使用；二是由专门的政府组织对正在实施的格式条款予以审查，对认为不合格的禁止使用。[142]

五 评论

格式合同的当事人地位往往不平等（经济地位、信息不对称等），其内容大多有违公正原则或诚实信用原则，故被称为“契约自由之癌”。立法和法学的重点是如何平衡合同双方的利益关系。我国对格式条款没有采取单行法方式调整，而是由《合同法》统一规定格式条款（第39条为格式合同之订立，第40条为格式条款的效力，第41条为格式合同的解释）。这样简单的规定难免引发无数争议。值得继续思考的问题还有以下几个：

1.格式条款的界定

《合同法》明显将格式条款的基本模型假定为公用事业与消费者之间的消费合同，这些合同体现为日常交易中的格式化书面条款，因此它采用了“反复使用”这一条件。但在一次性交易中，一方事先拟定的、不许可对方协商的条款，也应认定为格式条款。这类合同多见于商业交易格式条款。就我国目前的经济现实状况而言，民营经济多依附国营经济，认定这类合同中的部分条款为格式条款，具有重要的经济意义与法律意义。

2.提示义务的范围

《合同法》第39条第1款仅要求格式合同的提供方“采取合理的方式提请对方注意免除或者限制其责任的条款，按照对方的要求，对该条款予以说明”，未对“加重对方责任、排除对方主要权利的”作同样的要求。但第40条又将两者统一规定。应该说，免责条款与加重对方责任、排除对方主要权利的条款对相对人的利益的影响基本相同，故将后者排除在外未尽妥适。

3.非免责格式条款的订入控制与内容控制

《合同法》仅规定了免责格式条款的合同订入控制与效力控制。非免责条款的合同订入控制，是否可以适用或有无必要适用《合同法》第39条，学界见解不同。通过要约与承诺的合同成立程序，在理论上当然可以控制这些条款进入合同，但既然当事人已经在合同上签字盖章，要证明这些合同为格式条款非常困难。因此，将非免责条款纳入第39条的规范范围有一定的意义。

《合同法》第40条援引第52条和第53条作为认定格式合同无效的依据，淡化了对格式合同的内容控制，而且减损了第40条的意义，使其只有在格式条款“加重对方责任、排除对方主要权利”时，才具有独立的规范意义。因此，在认定格式条款无效时，可以第39条确定的“公平”为基础和出发点。

4.格式条款的行政管制与司法管制

格式条款的行政管制与司法控制如何协力？行政管制最大的优点在于可以把违法预防功能发挥得淋漓尽致，还可以减少讼累。但其最突出的问题在于行政权可能僭越司法权，成为判断格式条款合法性的终极依据。此外，在我国，银监会、能源局等市场行政监管主体与工商行政管理部门如何分权，也是不得不面临的一个重大问题——虽然能源局基本上还没有维护消费者福利的意识。

值得注意的是，《合同法》并没有针对具体的消费领域规定格式条款合同，但又单独规定了供电合同等公共事业与消费者之间的合同。对这类合同，《合同法》的重点应系对格式条款的控制。此外，对这些消费合同，预防性审查和备案制度确实有必要。最后，对一些特殊领域的消费者如金融消费者，《合同法》第39条规定的格式条款订入限制，可能远远不足以保护其利益。如按《信托公司集合资金信托计划管理办法》（银监会，2009年）第11条的规定，认购风险申明书应包括一项内容：“委托人在认购风险申明书上签字，即表明已认真阅读并理解所有的信托计划文件，并愿意依法承担相应的信托投资风险。”在实践中，金融机构与消费者缔约时，往往在合同中注明：“甲方（消费者）确认其充分知晓并理解本合同中全部条款的实质含义及其相应的法律后果，并愿意承担本合同项下的全部风险，并基于此种理解，签署本合同。”通过这种方式来表明其尽到了《合同法》第39条第1款的要求。若因此认定这种格式条款有效，对消费者保护难免不公。

第四节　缔约过失责任

一　缔约过失责任的界定及其观念基础

（一）缔约过失责任的界定

德国法儒耶林揭橥的缔约过失责任理论，被盛誉为“法学上的发现”。我国亦将该理论引入，《合同法》第42条、第43条、第58条亦都与该理论有关。但在《合同法》通过后，有关它的争议不仅没有尘埃落定，反而激发了更多的新问题。从目前的文献看，它可能是学界关注最多的合同法主题。

1.传统定义与新定义

（1）传统定义

缔约过失责任以违反诚实信用原则为基础的先合同义务为前提，学界素来没有争议；但其外延如何，学者间的表述差异较大。通说认为，缔约过失责任是当事人因过失或故意致使合同未成立、被撤销或无效而应承担的财产责任。[143] 这是耶林式的缔约过失责任，其种类相对纯粹。

（2）新定义

晚近多数学者不再强调缔约过失责任与合同效力的关联，而只是说明它是双方在缔约接触磋商的过程中，因一方的不当缔约行为致对方遭受损失时应承担的损害赔偿责任。[144] 这种定义不再将缔约过失限于合同效力瑕疵，而扩大至包括缔约过失造成的一切损失。按照新说的界定，缔约过失责任类型杂多。因此，能否用一个统一的观念或术语将其整合与统一，是缔约过失责任面临的最新难题。学者对是否统一的立场也有所不同。

反对统一者认为，“缔约过失”并非一个具有内在统一性的法律概念，充其量只是一种法律类型。“今天，使用此概念所产生的模糊与分歧，要远远大于由它可能达成的任何共识。”但缔约过失责任同时具有分化与重构的必要。对缔约过程中发生的损害赔偿责任，应以前合同责任或缔约责任为统帅，以缔约上过失责任与缔约上信赖责任为基干进行新的体系构造。[145] 或援引德国法理论指出，对缔约上过失的一般化应持谨慎态度，因为一些缔约过失类型明显有侵权法特征，一些则具有合同法特征，唯一能进行抽象化的标准，只能是过错原则或者危险责任。[146]

赞成统一者则认为，既然现代给付障碍法体系基本摒弃了传统的事实构成进路，转而采取以“不履行”或“义务侵害”为统一责任构成的法律效果进路，缔约过失“自然也应当被放置到不履行或者义务侵害

这一核心连接点之上。这既是法律现代化的要求，更是法律简约化的真实体现”[147] 。或主张，将缔约过失原理一般化为信赖责任是妥当的。[148]

但是，反对与赞成意见其实都主张用新的观念统合缔约过失责任，两者的差异主要体现在是用较具体的违反义务标准，还是用较抽象的观念（如信赖原则等）统一。

2.缔约过失责任与相关概念

缔约过失责任是德国法上的概念。有学者在比较法的基础上指出，对缔约阶段当事人的责任，两大法系存在两个比较稳定的法概念：缔约过失和前合同责任。耶林意义上的缔约过失责任主要源于德国法的两个内在缺陷：一是侵权行为的类型化立法技术使其难以保护纯粹金钱损失；二是本人对代理人或雇佣人的行为仅承担选任和监督过失，对受害人保护不力。前合同责任是各国普遍接受的概念，包括缔约前各种类型的责任，缔约过失责任只是其中一种。但这一概念也并不精确。[149]

英美法不存在缔约过失责任制度，与此类似的是“允诺禁反言”规则。有学者指出，“允诺禁反言”规则的适用范围不断扩张，目前主要适用于三种类型：无偿赠与的允诺（无论有无信赖损害）；受诺人成就一定条件就能获得签约权的允诺；合同履行过程中允诺人放弃追究受诺人责任的默示允诺。可见，缔约过失责任的适用范围要比“允诺禁反言”原则的适用范围大。《合同法》第16条（要约的生效时间）、第189条（赠与人故意或者重大过失致使赠与的财产毁损、灭失），显然借鉴了“允诺禁反言”规则。[150]

（二）缔约过失责任的观念基础与性质

1.观念基础

缔约过失责任的观念基础为诚实信用原则，具体表现为信赖保护原则。这种信赖源于缔约双方因接触而产生的特殊结合关系（拘束关系），它使当事人之间具有紧密性，可能使双方相互产生合理信赖。“合同谈判开始时，当事人处于超越普通人之间的一般关系的信赖关系之中。”[151] 从文献源流看，这一观点深受王泽鉴持论的影响。即从当事人为缔结契约而接触时起，双方就由一般普通关系进入特殊信赖关系，互相应承担协力、通知、照顾、保护、忠实等附随义务，而且其性质及强度超过一般侵权行为法上的注意义务。[152] 若一方辜负这种信赖的，侵权责任与合同责任可能都无法救济受害人，故法律有必要特设规则以保护信赖方。

学界对缔约过失的观念基础都以此为中心展开。如从当事人的意志关系出发，认为当事人除了意志合致与意志分离之外，还存在一种意志依赖关系，即在没有合意的情形，一方对另一方表现于外的意志的信任和依赖。这是缔约过失的实质。[153] 或认为根据损害预防优势原则，引起信赖者比信赖者更能防止损害的发生。缔约者之间的信赖超过了一般社会交往中的信赖，是一种“高等级信赖”，它对应的高等级法律责任就是缔约过失责任。[154]

2.责任性质

缔约过失责任作为一种法定责任，其性质如何，学界歧见纷呈。近期的观点可概括为如下两种：

（1）独立责任说

认为缔约过失责任是一种与合同相关的特殊法定责任或法定之债，既非侵权责任，也非违约责任，它与不当得利、无因管理、侵权行为、合同等共同构成债的发生原因。[155] 也有学者将其从合同法中分离出来，与合同、侵权行为、无因管理、不当得利、悬赏广告并列作为债的发生依据。[156]

（2）侵权责任说

在缔约过程中，受害方的财产权、人身权等绝对权受侵害的，可能同时成立侵权责任与缔约过失责任，自不必论。晚近以来，一些学者主张缔约过失责任为侵权责任，甚至亦有学者主张，即使耶林式的缔约过失类型（即因缔约过失导致合同不成立、被撤销或无效的）也是侵权责任。其理由如下：

其一，先合同义务是一种法定义务，根据违反法定义务构成侵权责任的一般理论，缔约过失责任只能是侵权责任。[157]

其二，将缔约阶段的责任作为侵权责任的一种类型，是比较法上更为普遍的做法。[158]

其三，我国侵权法的特殊性。侵权责任法保护的对象包括合法利益，而信赖利益属于合法利益的范畴，因而《侵权责任法》也适用于一方侵害他方信赖利益的情形。缔约过失责任本质上属于特殊的侵权责任形式。[159] 或明确指出，“将缔约过失责任作为独立的责任类型实为我国民法理论上的一个误区”。因为依这种定位，先契约义务可被划分为两类：一类是安全保障义务，另一类则是信赖义务。违反前者属于侵权责任，违反后者则属于缔约过失责任。在德国民法理论上，作为违反先契约义务之统一后果的缔约过失责任，在我国被肢解为缔约过失责任和侵权责任两个部分。但是，因为我国侵权法保护的权益

非常宽泛，这种区分不仅与我国的现有体制冲突，而且使现有的责任理论被不合理、不必要地复杂化了。[160]

其四，侵权法的注意义务可以为“特别结合关系”中的注意义务容纳。通说认为，侵权法上义务强度不足以维护缔约当事人的利益。侵权责任说则反对这种观点。如认为不能将侵权责任界定为因违反了针对一切人的义务而产生的责任，更不能因此推导缔约过失责任适用于缔约或预备缔约的当事人之间，其性质就并非侵权。[161] 而且，侵权法本来就不存在一个恒定不变的注意义务程度，它需要结合个案进行具体化，缔约关系与其他侵权背景关系一样，是侵权法义务具体化的基础。不同的背景决定了不同强度的侵权义务，高于缔约关系中的义务强度的背景关系也是存在的。因此，担心将合同法上的缔约之际的保护义务纳入侵权法，会导致无法反映其“个别之特别关系”的特殊性，“实际上是多虑了”[162] 。

其五，有助于解决缔约过失责任的成立要件等问题。将缔约过失责任界定为侵权责任，对责任成立与否的判断、是否一概采纳过错要件等问题亦均有实益。传统理论中的缔约“过失”责任，其实也包括了严格责任，如戏谑表示无效、因错误或误传而撤销及无权代理。此外，合同不成立或无效时的纯粹经济损失赔偿也可受侵权法保护，不会出现将缔约过失责任界定为侵权责任而使受害人的利益无法保护的情况。[163]

独立责任说反对侵权责任说的理由主要是：其一，缔约过失本质上违反的是先契约，而非不得侵害他人绝对权的一般义务。其二，侵权责任不能保护信赖利益。但缔约过失责任作为补充性民事责任，在不能适用侵权责任与违约责任时发挥作用。[164] 其三，侵权法承认的安全保障范围狭小，限于住宿、餐饮与娱乐等经营活动，无法改变侵权法注意义务的格局。缔约过失责任不仅要求对方不侵害他人权利，还要求义务人积极作为。[165]

二　缔约过失责任的构成要件与类型

（一）缔约过失责任的一般构成要件

通说认为，缔约过失责任的构成要件为：缔约人一方违反先合同义务、相对人受有损失、违反先合同义务与损失之间有因果关系、违反先合同义务人有过错。[166] 学界对此关注较多的问题主要是：先合同义务的始、终时间；过失与违法性；合同有效时的缔约过失责任；第三人缔约过失责任等。

1.先合同义务的始、终时间

一般认为，先合同义务始于要约的生效，除特殊情形外，终于承诺到达（合意形成）。[167] 但反对意见则认为，关于先合同义务的成立时间，不但应视当事人之间是否因接触而具有了某种缔约上的联系，还要依具体案情而定。[168] 或更具体指出依据公平、诚信原则加以确定。如在受害人正进入或已进入商场可支配领域的，应先推定受害人具有购物意图，商场应负先合同义务，商场也可以提出反证。[169]

先合同义务通常在合同成立时结束，但也有学者认为“最迟可止于合同生效”。[170]

2.过失与违法性

一般认为，缔约过失责任以先合同义务的存在为前提，缔约“过失”就是违反了诚信原则所产生的先合同义务。[171] 可见，缔约过失责任应以义务人存在过失为前提，且不区分缔约过失责任中的过失与违法性。反对意见则认为，在中国法上，缔约过失责任整体上受过错责任原则支配，但在个别场合适用无过错责任，信赖观念也发挥一定的作用。此外，缔约“过失”是一个主观因素，但先合同义务违反却是客观描述。最后，违反诚实信用原则和有可归责事由不同：前者是指违反先合同义务，为违法性问题，后者则为故意或过失的问题。[172]

学界对缔约过失中的“过失”甚少讨论。有学者指出，鉴于缔约过失责任是合同自由的例外，因此，缔约过失责任的归责原则不能完全等同于一般侵权责任的归责原则，如果行为人只有一般过失或轻微过失的，不能被认定为违反诚信原则，也不应承担缔约过失责任。[173]

3.合同有效时的缔约过失责任

在缔约过失责任构成要件中，争议最大的问题之一是：在合同有效时，是否会产生缔约过失责任。晚近以来，不少学者持肯定说。其理由包括：

（1）中国法上的违约，包括不履行根据诚信原则、合同的性质、目的和交易习惯发生的通知、协助、保密等附随义务。《保险法》第16条还规定了因缔约过失产生的合同解除权，如投保人故意隐瞒事实，不履行如实告知义务的，或者因过失未履行如实告知义务，足以影响保险人决定是否同意承保或者提高保险费率的，保险人有权解除保险合同。[174] 循此逻辑，缔约过失责任与违约责任违反的“义务”并无本质不同。

（2）《合同法》第42条并未将缔约过失责任限制于仅适用于合

同未成立、未生效、无效或可撤销的情形。它采取了列举与概括相结合的模式，确立了缔约过失责任的一般法律制度，与德国立法不同。耶林意义上的缔约过失责任只涉及“正在发生中的契约关系”，并非缔约过失责任制度的全部。[175]

（3）借鉴比较法和依据《合同法》第43条推理。各国立法与司法一般只规定缔约过失行为发生在缔约之时，并不以合同是否成立为要件。尤其是《希腊民法典》第198条、《国际商事合同通则》第3.18条（“无论合同是否宣告无效，知道或理应知道宣告无效理由的一方当事人应承担损害赔偿责任，以使其对方当事人回复到未曾订立合同时的相同地位。”）此外，《合同法》第43条规定了当事人在缔约过程中的保密义务，这完全可能发生在合同有效的情形。出卖人在买卖合同缔结前的说明未涉及标的物特质或瑕疵时，买受人可主张瑕疵担保责任或缔约过失责任。[176]

（4）合同撤销规范并没有排除缔约过失责任。可撤销的合同被撤销之前是有效的。表意人撤销自己基于错误作出的意思表示时，如果有过错的，应承担损害赔偿责任和缔约过失责任。恶意欺诈和不法胁迫两种情形同样如此。[177]

（5）不承认合同有效时的缔约过失责任，可能导致不公平后果。是否承担缔约过失责任，关键是当事人在缔约阶段有否违反诚信原则的行为并给他方造成损失。如果不允许受害方在保持合同效力的同时追究缔约过失责任，受害方只能选择要么撤销合同来追究缔约过失责任，要么保持合同效力而放弃要求对方赔偿的。此时，受害方真正成了耶林所称的那样，即他方违背诚信行为的牺牲品。[178] 或认为，《合同法》第58条只规定了合同被撤销后的责任承担，没规定合同变更后的责任承担。合同被撤销的，有过错的一方当事人要承担缔约过失责任；合同被变更，当事人不承担缔约过失责任于理不合，而合同变更的前提是合同有效。[179]

对合同有效时的缔约过失责任类型，学界的总结差别很大。如总结为三种：因意思表示瑕疵而变更合同；因撤销权消灭而变为完全有效合同；损害固有利益。[180] 或分为如下三种：其一，在合同经修正有效的情形，如依据《商品房买卖合同司法解释》，开发商在起诉前，取得商品房预售资格的，商品房买卖合同有效。此时，善意的合同相对人可以请求对方承担缔约过失责任。其二，违反情报提供义务的情形。其三，可撤销合同被变更的情形。[181]

4.第三人缔约过失责任

在传统民法中，第三人的行为对合同效力可能产生影响。如第三

人胁迫的，受害人可以撤销合同；第三人欺诈而相对人明知或可得而知的，亦同。但缔约过失责任却通常只涉及合同双方当事人，与第三人无关。20世纪70年代，德国法院开始将附保护第三人作用的契约延伸至合同谈判阶段，承认了第三人缔约过失责任。有学者将德国法上的第三人缔约过失责任概括为两种情形：其一，代理人或磋商辅助人对订约具有自己的经济利益，并显著地影响了合同磋商或者合同订立；其二，代理人或磋商辅助人引起了缔约相对人特别人身信赖，并显著地影响了合同磋商或者合同订立。在司法实践中，德国法院对第三人缔约过失责任的认定较为慎重，因为第三人可能同时还因违反咨询合同而承担违约责任或侵权责任、担保责任。这些责任要件不应因信赖责任而被模糊。[182]

德国债法现代化改革时，通过第311条第3款规定了第三人缔约过失责任，既突破了传统的缔约过失构成观念，也突破了债务关系相对性原则。第三人必须是合同一方的使用人，依附于潜在的合同双方间的缔约关系。第三人缔约过失责任有三种类型：代理人和磋商辅助人责任、管理人责任及招股说明书责任。第311条第3款第1句主要是指代理人和磋商辅助人的自己责任，第2句主要是指管理人责任，包含鉴定人和其他信息提供人对第三方的责任。在这些情形，第三人均通过自己的行为与相对人独立建立了法定债务关系，相对人信赖的是第三人而非合同相对方。[183]

（二）缔约过失责任的类型

对缔约过失责任的类型，学者采用的标准各不相同。主要思路有二：

一是依据《合同法》分类。如依《合同法》第42、43条为基本规范，并增加了违反强制缔约义务和无权代理两种类型。[184] 或将其分为12 种：①恶意缔约；②欺诈缔约；③违反人格和人格尊严等违背诚实信用原则的缔约；④不履行报批义务；⑤擅自撤销要约时的缔约过失责任；⑥缔约之际未尽通知、保密等义务给相对人造成损失；⑦缔约之际未尽保护义务侵害相对人的人身权、物权；⑧合同不成立时的缔约过失责任；⑨合同无效时的缔约过失责任；⑩合同被变更或撤销时的缔约过失责任；⑪合同不被追认时的缔约过失责任；⑫无权代理情况下的缔约过失责任。[185] 亦有学者将《合同法》第45条（附条件合同及条件拟制）纳入缔约过失的类型；[186] 或纳入违法撤销要约、违反预约、缔约过程中未尽必要的注意义务和违反法律、行政法规强行性规定等情形。[187]

二是学理分类。如依当事人所欲缔结的合同是否有效成立，分为

四种类型：①合同未成立型；②合同成立型；③合同无效型；④合同有效型。包括违反情报提供义务的情形；可撤销合同被变更的情形；因撤销权的消灭而变为完全有效合同的情形。[188] 此外，有学者还介绍了德国法上的缔约过失责任的四大案型：合同不成立或无效案型（合同失败案型，即耶林提出的缔约过失责任类型）、侵害绝对权益案型、订立不利合同案型及第三人缔约过失责任案型。[189]

三　恶意磋商与违反保密义务

（一）恶意磋商

《合同法》第42条第2项规定了“假借订立合同，恶意进行磋商”的缔约过失情形。解释论上存有争议的，主要是如下问题：

1.是否包括“恶意终止磋商”

大多数学者都以比较法为基础，认可恶意中断磋商责任，主张该条显然在解释上应包括“终止与对方进行磋商”的行为。[190]

反对意见则从文义解释出发，主张“恶意进行磋商”只包括恶意开始磋商和恶意继续磋商两类。若要将中断磋商纳入缔约过失责任制度，通常只能适用第42条第3项“有其他违背诚实信用原则的行为”。[191]

2.中断磋商的解释论

中断磋商关乎契约自由，故学者大多对中断磋商持严格解释的态度。如认为当事人在订立合同时，只有在“谈判足以使一方当事人合法地相信对方当事人会与其订立合同，并为此支付了一定的费用”，才负有依诚信原则产生的“不得滥用谈判自由的义务”，中断谈判才是有过错的，才承担损害赔偿责任。[192] 或指出应兼顾信赖合理性程度与过错程度，比较权衡、谨慎限定中断磋商的正当理由。[193] 或认为义务人是否违反了诚信原则和相对人是否产生了合理信赖，是责任认定的关键所在。[194]

3.中断磋商的损害赔偿

赔偿范围通常应限于信赖利益损失，且不超过履行利益，学界以往对此没有争议。但近年来有学者认为，不能一概排斥履行利益。至于哪些情形可包括履行利益，有学者将其系于合理性程度与归责性程度的比较权衡。信赖的合理性并非有无问题，而是量度问题，归责性及中断理由的正当性也如此。判断各项费用支出的合理性，应考虑与缔约进行的阶段及责任人提供了何等强度的信息等。[195] 或从因果关

系入手，认为《合同法》第42条文义上规定的是缔约过失责任构成要件层面的因果关系，但亦可扩张解释为损害赔偿范围的因果关系。赔偿的决定性因素并非信赖利益与履行利益的区分，而是有无第42条规定的因果关系，即缔约过失与损失之间存在因果关系。[196]

（二）保密义务

商业秘密为《侵权责任法》、《反不正当竞争法》与《刑法》等法律综合调整。《合同法》第43条也规定："当事人在订立合同过程中知悉的商业秘密，无论合同是否成立，不得泄露或者不正当地使用。泄露或者不正当地使用该商业秘密给对方造成损失的，应当承担损害赔偿责任。"它采取了禁止性规范的表达方式，而且没明确责任性质。解释论研究的重点问题主要包括《合同法》第43条与第42条的适用关系、保密义务的范围与责任性质。

1.《合同法》第43条与第42条的适用关系

两者的关联在于，保密义务既可能涉及信赖利益，也可能涉及侵权损害。如为了获取对方的技术秘密而恶意与对方谈判时，行为人除了要承担《合同法》第43条规定的责任，还要承担第42条所规定的恶意谈判所导致的法律责任。此外，如果当事人之间订有保密协议，接受信息的一方违反约定泄漏或不当使用商业秘密的，对方也可以追究其违约责任。[197]

2.保密义务的范围

保密义务的出发点是诚实信用原则和信赖保护，其性质为法定义务。有学者指出，当事人在缔约过程中会接触对方各种资讯，当事人在磋商过程中相互之间提供的资讯，彼此不承担保密义务，只有对一方以保密性质提供的资讯，对方才承担保密义务。[198]

《合同法》第43条仅提及"订立合同过程中知悉的商业秘密"，没有提到其他种类的秘密。故有学者认为，对商业秘密之外的其他秘密，应准用《合同法》第60条第2款关于附随义务的规定保护。[199] 反对观点则认为，《合同法》第60条第2款是关于合同附随义务履行的规定，其前提条件是合同已经有效成立，而第43条规定的是缔约磋商过程中的保密义务，此时合同并没有成立，其后也不一定会成立。所以，必须通过对第43条进行目的性扩张解释来认定"商业秘密"。扩张的合理性在于，《合同法》第43条是一般性规定，而《反不正当竞争法》第2条第2款针对的是当事人双方均为经营者时的商业秘密。[200]

因为《侵权责任法》与《反不正当竞争法》都保护商业秘密，为期与《合同法》妥善分工，可以考虑的处理方案是：侵害商业秘密构

成侵权行为或不正当竞争行为；侵害商业秘密之外的“秘密”，造成损失的，则构成缔约过失责任。

3.责任性质

《反不正当竞争法》保护商业秘密，而且保护合同订立前后的商业秘密，故适用侵权责任亦能保护受害人的利益，所以，对违反缔约过程中商业秘密保护义务的损害赔偿责任，学界多将其界定为同时成立缔约过失责任和侵权责任。如主张此时构成侵权责任与缔约过失责任的竞合，受害人可以选择，“从总体上说，侵权责任较之于缔约过失责任对受害人更为有利。”[201]

四　缔约过失责任的损害赔偿范围

（一）信赖利益的赔偿

通说认为，缔约过失责任的赔偿范围为信赖利益损失，原则上不得超过当事人在订立合同时所应当预见的因合同不成立、无效或被撤销所可能造成的损失，也不得超过合同有效或者合同成立时的履行利益。[202] 但对如下问题，学界还存有争议。

1.是否包括间接损失

否定说将信赖利益限于直接损失，即因信赖合同的成立和生效所支出的各种费用，如因信赖对方要约邀请和要约而与对方联系、准备缔约、劳务费用等，但不包括机会损失。因为机会形成的利益很难合理确定，允许赔偿将导致赔偿范围过大，且机会举证困难，也会诱发当事人与第三人恶意串通，索赔巨额机会损失的费用。[203] 肯定说认为应包括间接损失，其理由是：其一，富勒等提出的“信赖利益”包括机会损失；其二，受害人的损失包括机会损失；其三，不赔偿机会损失不符合《商品房买卖司法解释》第9条，即买受人可以请求对方承担不超过房款价格一倍的赔偿责任；其四，机会损失的举证难问题，可以通过举证责任制度解决。[204]

2.能否超过履行利益

诸多学者反对将信赖利益不能超过履行利益作为一般赔偿原则，其理由为：

其一，不符合诚实信用原则与信赖保护的目的。“信赖是诚信原则的要求，是交易安全及经济秩序稳定的需要，保护信赖是合同法的重要使命，附以任何额度的限制都是不明智之举。”[205]

其二，不符合完全赔偿的一般原理。缔约过失责任的目的就是使债权人恢复至没有加害之前所处的状态。以履行利益限制信赖利益，极有可能使缔约过失责任的补偿性目的落空。尤其是在一方当事人违反先合同义务中的保护义务，致对方人身权、所有权等固有利益损害的情形。[206] 此外，按照信息经济学的“激励相容约束”原理，有过错的信息提供者应当承担的责任范围，是赔偿因其过错使相对方因对其过错的合理信赖所遭受的一切损失，并使受害方的利益恢复到未发生合理信赖之前的法律状态。[207]

其三，不符合缔约责任作为独立责任的特性。既然缔约过失责任是一种独立的民事责任，它就有其特定的调整领域，不应受与之平行的违约损害赔偿以履行利益为限的限制。而且相对人所受实际损失与履行利益并无必然联系，以履行利益来限制信赖利益缺乏法理依据。[208]

（二）固有利益的赔偿

一方在缔约时违反保护义务，使相对人的人身或财产遭受损害时，能否依据缔约过失责任赔偿当事人固有利益的损害，涉及缔约过失责任的定位，学者的看法也不同。

1.赞成说

赞成说的理由主要为：其一，有利于减少讼累。在一方人身权或所有权受侵害时，其维持利益（固有利益）的损害可能远逾履行利益。受害人基于《合同法》第58条一并请求信赖利益损失与维持利益的损害，更加简单明快，合理妥当。[209] 其二，现代缔约过失责任已经突破了耶林的框架，由信赖利益扩展到了固有利益。先合同义务包含了保护义务，一方当事人的缔约过失行为可能违反保护义务。其三，缔约过失责任在举证责任、诉讼时效等方面具有侵权责任不可比拟的优势，故依据责任竞合规则处理更有利于保护受害人。[210] 可见，赞成说的实质理由并不相同。或认为缔约过失责任的赔偿范围包括固有利益损失，或认为当事人在缔约中的固有利益损害，可同时成立侵权责任与缔约过失责任，当事人可选择侵权责任请求赔偿固有利益损失。

2.反对说

认为缔约过失责任只保护信赖利益，原则上不保护因行为人违反保护义务对固有利益造成的损害。其理由为：其一，固有利益本是侵权法所保护的对象，受害人此时只能基于侵权行为提起诉讼。[211] 其二，缔约过失责任制度是辅助违约责任和侵权责任的补充性制度，受害人基于合同责任或侵权责任提出赔偿，对其更为有利，没必要基于

缔约过失责任请求赔偿。[212] 其三，将固有利益纳入缔约过失责任，将会模糊缔约过失责任与侵权责任的界限。[213]

（三）损害赔偿规则的适用

1.与有过失

在缔约过程中，若受害人对损害的发生有过失，学者大多主张可适用过失相抵制度，因为不适用过失相抵制度将对有过失的缔约人过于宽容，对加害人不公。[214] 有学者列举了过失相抵在缔约过失责任中适用的两种情况：一是受害人对损害的发生有过失的，应当按照缔约双方的过错比重和原因力大小确定各自的责任。二是在损害发生后，受害人应及时采取措施而未采取，致使损失扩大，受害人就扩大的损失不得请求赔偿。[215]

2.可预见规则

《合同法》并未明确缔约过失责任下损害赔偿是否适用可预见规则。有学者认为，缔约过失责任是契约责任的扩大化，当事人在缔约过程中的关系为前契约关系，双方产生了一种类似于契约的信赖关系，所以应适用合理预见规则限制缔约过失损害赔偿。[216]

五　评论

迄今为止，缔约过失责任发展已远不是耶林当年所论述的“契约未臻完善”（bei nichtigen oder nicht zu Perfecktion gelangten Vertraegen）。在合同法领域，它基本是解决缔约过程产生的损害问题的不二法门：欺诈、错误、无权代理、违反安全保障义务等。从上文可见，学界对缔约过失责任的诸多问题都远没达成共识。其中，可以继续反思与探讨的问题包括如下几个：

1.缔约过失类型的统一

耶林提出缔约过失理论的根由，在于传统民法对私域内义务来源的严格限制。具体而言，合同领域义务限于合意义务，法律不宜介入；法定义务限于无合意的当事人之间，且为了保障行动自由，对行为人的注意程度要求不高，可见，侵权法对法益（Rechtsgüte）与利益（Interesse）的保护设置了很高的门槛。这种法律框架下的缔约过失责任，只能在侵权法与合同法的缝隙中生长。

缔约过失类型扩张造成的最大理论难题，就是如何统一繁多的缔约过失类型。若以信赖保护建构先合同义务，并进而将所有缔约过失定性为独立之债，与违约责任、侵权责任并列，应为最简单的思路，

且可理顺它与违约责任、侵权责任的复杂关联。这种思路要成立，其前提是先合同义务与其他法定义务截然不同。但以“先合同义务”统合各种缔约过失责任，难免会忽视了先合同义务的具体类型及违反先合同义务的各种责任形态，如归责原则（通常为过错责任，但在无权代理等情形适用无过错责任）、构成要件及赔偿范围等，实际操作意义有限。

无论是否将缔约过失责任统一，现代缔约过失责任的定位都不应再限于辅助违约请求权和侵权请求权的从属地位，而应将其作为基于信赖保护而产生的重要责任。这种信赖体现在两方面：一是基于信赖而投入缔约成本，可能因此导致信赖利益损害；二是基于信赖而向对方开启自己的权利与利益领域，可能因此造成固有利益损害。

2.缔约过失责任与侵权责任

缔约过失责任类型的最大发展之一，是缔约过程中侵害对方固有利益的，也构成缔约过失。对这种损害，应用侵权法调整，还是由缔约过失责任调整，其实质与合同法如何应对保护义务一样。主要应考虑的问题为：

其一，承认这种类型的缔约过失，面临的最大问题是突破传统的侵权——合同法律体系，也导致缔约过失责任的类型性质差异过大而难以统一。传统上，合同法仅保护信赖利益与履行利益，侵权法则保护固有利益。缔约过失责任保护固有利益，意味着合同法对固有利益的保护进一步前移到缔约阶段，合同法与侵权法就更加交融。

其二，缔约过失责任保护固有利益的实益。缔约过失责任保护固有利益的前提，只能是它的保护有别于侵权法的保护。两者的核心区别在于，侵权法的保护强度不如缔约过失责任。因为传统上，侵权法是以双方不具有拘束关系为前提的，双方承担的不侵害他人权利的普遍义务，通常体现为不作为义务；而在缔约过失责任中，双方之所以产生先合同义务，一方之所以向对方开放其权利与利益领域，是基于双方接触过程中产生的信赖。这种信赖关系的成立，使双方的保护义务的强度和范围，都超过了没有紧密接触的当事人。但是，这一结论难以普遍成立。首先，与耶林式的缔约过失责任一样，当事人也并非在进入合同谈判阶段就产生强度如此之大的保护义务，而是必须在双方的缔约交往过程成熟到一定程度时才能成立。其次，侵权法规定了安全保障义务，这种义务的强度也超过了普通人之间的注意义务，而且其强度往往取决于情境判断。可见，缔约过失责任保护与侵权保护孰强孰弱，难以定论。

需要指出，若承认此时缔约过失责任与侵权责任可以竞合，同样

会产生与侵权责任与违约责任竞合同样的难题：侵权责任难以保护缔约费用等信赖利益损失，通过缔约过失责任难以保护精神损害赔偿。

其三，耶林式的缔约过失责任是否可纳入侵权保护。尽管《侵权责任法》尤其是《民法通则》对侵权客体范围的规定相当宽泛，不仅保护财产权、人身权等权利，还保护纯粹经济损失。但因缔约过失导致合同不成立、被撤销与无效时，中国侵权法也难以保护受害人的纯粹经济损失。否则，所有合同债权都可受侵权法保护，违约责任必然失去意义。

3.耶林式的缔约过失责任可否通过约定免除

通说认为，缔约过失责任为法定责任，其宗旨是使缔约方在缔约中避免不当损失，进而使当事人可以放心地参与交易磋商过程。合同法要达成鼓励交易的目标，就必须顾及合同双方利益，对缔约过失责任做到宽严适度，因为缔约过失责任的存在，也可能使一方因惮于承担缔约不成的法定责任而放弃与他人谈判（尤其是先合同义务的判断标准弹性过大）。为避免承担缔约过失责任，一方可能与对方达成协议，豁免自己因中断磋商而承担缔约过失责任。这种约定可类推适用《合同法》第53条的免责条款规定处理。通常情形应承认其效力，以使当事人放心缔约，促进交易的达成。

4.中断磋商的法定责任与不订立合同的自由

从契约自由的反面推论，当事人均有不订立合同的自由。但法律同时规定，当事人无正当理由中断磋商，应承担缔约过失责任。问题就在于，如何判断中断磋商是正当的？在现代市场经济中，中断磋商多见于复杂交易、标的金额巨大的交易，如资产并购、股权并购、建设工程承包合同、BOT及其变形合同、投资合同等。这类合同的订立耗时漫长，需要经过艰苦的谈判与博弈。当事人的关系也是逐步升温，在缔约不同阶段，其投入也不相同。

中断磋商是否应承担缔约过失责任，应综合交易的具体情形判断，只有交易进行的各种情势已足以使对方产生信赖，才产生缔约过失责任。对“信赖”是否形成的较简单的判断标准，是当事人缔约谈判的结果是否足以表明双方已视对方为优先交易伙伴、一方已为缔约支付了大量成本。如在并购交易中，一方已许可对方开展尽职调查；在建设工程中，对方已经开始应要求制作技术方案。在谈判没到成熟阶段时支付的交易费用，应作为当事人的商业风险，由其自己负担。

5.披露义务的界限

从信息角度看，缔约过失责任与瑕疵担保责任都与合同当事人的

信息披露有关。在合同谈判中，当事人之间的信息分配通常是不均衡的，这也往往是合同得以成立的前提，如买卖双方之所以成交，是因为彼此不掌握对方的核心信息。因此，法律不能强制当事人披露全部信息。但是，在当事人信息分配过于不均时，任由市场机制决定一方是否披露或不披露，当事人又可能缔结法律难以容忍的不公正合同。可见，合同法如何涉及当事人的信息提供机制，是相当复杂的问题。

法律不太可能确立信息披露义务的一般规则，比如规定“决定一方是否缔约或（和）缔约条件的信息”应予披露等。因为依完全竞争的市场假定，一方本应支付调查费用获得相关信息（对应于对方的披露义务）的，应自担风险。但有一点可以肯定，缔约时隐瞒真相认定为欺诈的，应作严格解释，以保障双方免于承担过重的责任。

6.缔约过失与合同解除

（1）耶林式的缔约过失与合同解除

耶林式的缔约过失责任，本来是为济合同法之穷而创设的，自然以合同不成立、撤销与无效为前提，所以不存在与违约责任（瑕疵担保责任）并存的可能性，与合同解除更是毫无瓜葛。如前所述，承认合同生效亦可主张缔约过失责任，完全符合缔约过失责任的独立性。因缔约过失责任发生在缔约时，行为完成，责任就产生，与合同效力当然无关。值得注意的问题有：

其一，《商品房买卖合同司法解释》第9条规定，若出卖人在订约时有欺诈情形，导致合同无效或者被撤销、解除的，买受人可以请求出卖人承担赔偿责任。其列举的欺诈内容，如没有取得商品房预售许可证明、所售房屋已经抵押、所售房屋已经出卖给第三人或者为拆迁补偿安置房屋等事实，与商品房的质量都没有关系，出卖人不可能基于《合同法》第94条的规定行使违约解除权。所以，其解除的事由只能是缔约过失——欺诈。

其二，《合同法》第42条、第54条和第58条的关系。《合同法》第42条规定，当事人在订立合同过程中，故意隐瞒与订立合同有关的重要事实或者提供虚假情况，给对方造成损失的，应当承担损害赔偿责任。第54条规定因欺诈的合同可撤销。第58条则规定了合同被撤销后的损害后果。结合这三条规定，会产生如下疑惑：其一，乘人之危、胁迫等也系缔约过失，《合同法》第42条何以不纳入这些情形？其二，若基于欺诈订立的合同被撤销，则应适用第58条，那么，第42条中的“损害赔偿责任”意义何在？是否可以理解为：合同没有被撤销时，欺诈人也要承担独立的缔约过失责任或侵权责任（若将欺诈本身认定为一种侵权行为）。

（2）违反注意义务或缔约之际的保护义务与合同解除

在缔约之前，一方违反普通人之间的注意义务侵害相对人的固有利益，或一方违反缔约双方基于信赖产生的保护义务侵害相对人固有利益的，在缔约后，相对人得知侵权事实的，能否基于侵权行为或违反先合同义务而请求解除双方已成立的合同？如甲乙订立了一个演艺合同，之后甲发现乙公司为博眼球在双方缔约之前就大肆在媒体诽谤甲；又如甲指使他人将乙打成重伤，乙不知甲为凶手，与甲订立了买卖合同或医疗合同。按照传统法理，因这类侵权行为与合同履行利益无关，所以不能解除合同。但这种僵硬的规则有时对受害人的保护可能不周全，因为此时强求当事人严守合同过于苛刻。现代合同法既然强调当事人之间的信赖关系，就应认定每一个合同的当事人都并非独立的个体，而是利益攸关的共同体。因此，应认定当事人可以基于缔约前或缔约之际违反保护义务的行为解除合同，至少对继续性合同应如此。

---

[1] 参见韩世远《合同法总论》（第3版），法律出版社2011年版，第113页以下；类似观点，参见王利明《合同法研究（修订版）》（第2卷），中国人民大学出版社2011年版，第505页。

[2] 参见孙鹏《合同法热点问题研究》，群众出版社2001年版，第207页。

[3] 参见孙学政、李宝军《合同法定形式的效力》，载马新彦主编《民法现代性与制度现代化》，吉林人民出版社2002年版。

[4] 参见隋彭生《合同法要义》，中国政法大学出版社2003年版，第86页。

[5] 参见刘骁男《论我国的合同形式强制规范》，《黑龙江省政法管理干部学院学报》2009年第6期。

[6] 参见彭赛红《国家干预合同形式之正当性论证》，《江西社会科学》2007年第10期。

[7] 参见彭赛红《合同形式功能新探》，《湖南医科大学学报》（社会科学版）2008年第2期。

[8] 参见王洪《合同形式欠缺与履行治愈论——兼评〈合同法〉第36条之规定》，《现代法学》2005年第5期。

[9] 参见张建军《中国应撤回对〈联合国货物销售合同公约〉“合同形式”的保留》，《西北大学学报》（哲学社会科学版）2008年第5期。

[10] 参见刘超《保留，抑或撤回？——评我国对〈联合国货物销售合同公约〉第11条的保留》，《南京经济学院学报》2001年第3期。

[11] 参见张建军《中国应撤回对〈联合国货物销售合同公约〉“合同形式”的保留》，《西北大学学报》（哲学社会科学版）2008年第5期。

[12] 参见项剑《评〈合同法〉与〈联合国货物销售合同公约〉合同形式的冲突与协调》，《现代法学》1999年第4期。

[13] 如王利明、崔建远：《合同法新论·总则》（修订版），中国政法大学出版社2000年版，第225页；王轶：《民法原理与民法学方法》，法律出版社2009年版，第231页；张红：《合同形式的法律评价》，《贵州大学学报》（社会科学版）2004年第6期。

[14] 参见王雷《合同形式及其对合同效力的影响》，《研究生法学》2008年第1期。

[15] 参见杨代雄《合同的形式瑕疵及其补正——〈合同法〉第36条的解释与完善》，《上海财经大学学报》2011年第6期。

[16] 参见最高人民法院经济庭编《合同法释解与适用》（上册），新华出版社1999年版，第100页。

[17] 唐德华主编：《合同法审判实务》，人民法院出版社2000年版，第749页。

[18] 参见张谷、王爽《〈合同法〉：合同和合同书》，《北京科技大学学报》（社会科学版）1999年第4期。

[19] 参见杨代雄《合同的形式瑕疵及其补正——〈合同法〉第36条的解释与完善》，《上海财经大学学报》2011年第6期。

[20] 参见苏号朋《合同的订立与效力》，中国法制出版社1999年版，第88页；谢怀栻等：《合同法原理》，法律出版社2000年版，第29页；韩世远：《合同法总论》（第3版），法律出版社2011年版，第120页。

[21] 王利明：《合同法研究（修订版）》（第1卷），中国政法大学出版社2011年版，第516页。

[22] 参见陈雪萍《论合同形式要求规则的功能》，《石家庄经济学院学报》2002年第5期。

[23] 参见程啸、柳尧杰《论我国合同法中合同违反法定形式之法律效果》，《中国人民大学学报》2002年第1期。

[24] 参见鲁春雅《论法律行为补正制度的建构》，《清华法学》2011年第4期。

[25] 参见王利明《关于无效合同确认的若干问题》，《法制与社会发展》2002年第5期；王利明、崔建远：《合同法新论·总则》（修订版），中国政法大学出版社2000年版，第224页。

[26] 参见张振中《〈合同法〉第二百一十五条之质疑——兼谈合同形式对合同效力的影响》，《社科纵横》2009年第1期。

[27] 参见俞飞颖、张金海《论合同的法定形式》，《湖南大学学报》（社会科学版）2006年第3期。

[28] 参见刘骁男《论我国的合同形式强制规范》，《黑龙江省政法管理干部学院学报》2009年第6期。

[29] 参见王雷《合同形式及其对合同效力的影响》，《研究生法学》2008年第1期。

[30] 参见谢怀栻等《合同法原理》，法律出版社2000年版，第29页；苏号朋：《合同的订立与效力》，中国法制出版社1999年版，第88页。

[31] 参见王洪《合同形式欠缺与履行治愈论——兼评〈合同法〉第36条之规定》，《现代法学》2005年第5期。

[32] 朱广新：《论违背形式强制的法律后果》，《华东政法大学学报》2009年第5期。

[33] 张谷、王爽：《〈合同法〉：合同和合同书》，《北京科技大学学报》（社会科学版）1999年第4期。

[34] 王洪：《合同形式欠缺与履行治愈论——兼评〈合同法〉第36条之规定》，《现代法学》2005年第5期；王洪：《合同形式研究》，法律出版社2005年版，第3章。

[35] 朱广新：《论违背形式强制的法律后果》，《华东政法大学学报》2009年第5期。

[36] 参见朱广新《合同法总论》（第2版），中国人民大学出版社2012年版，第150页。

[37] 参见杨代雄《合同的形式瑕疵及其补正——〈合同法〉第36条的解释与完善》，《上海财经大学学报》2011年第6期。

[38] 张谷、王爽：《〈合同法〉：合同和合同书》，《北京科技大学学报》（社会科学版）1999年第4期。

[39] 参见朱广新《论违背形式强制的法律后果》，《华东政法大学学报》2009年第5期。

[40] 参见杨代雄《合同的形式瑕疵及其补正——〈合同法〉第36条的解释与完善》，《上海财经大学学报》2011年第6期。

[41] 参见朱广新《论违背形式强制的法律后果》，《华东政法大学学报》2009年第5期。

[42] 参见杨代雄《合同的形式瑕疵及其补正——〈合同法〉第36条的解释与完善》，《上海财经大学学报》2011年第6期。

[43] 参见王洪《合同形式欠缺与履行治愈论——兼评〈合同法〉第36条之规定》，《现代法学》2005年第5期。

[44] 参见程啸《论我国合同法中合同违反法定形式之法律效果——兼论合同法第36条》，《中国人民大学学报》2002年第1期。

[45] 参见张德芬《合同法定形式效力比较及我国立法的完善》，《学术交流》2003年第3期。

[46] 参见王洪《合同形式研究》，法律出版社2005年版，第1章。

[47] 参见刘骁男《论我国的合同形式强制规范》，《黑龙江省政法管理干部学院学报》2009年第6期。

[48] 参见王利明《合同法研究（修订版）》（第1卷），中国人民大学出版社2011年版，第278页。

[49] ［德］梅迪库斯：《德国债法总论》，杜景林、卢谌译，法律出版社2004年版，第70页；崔建远：《强制缔约及其中国化》，《社会科学战线》2006年第5期。

[50] 参见易军、宁红丽《强制缔约制度研究——兼论近代民法的嬗变与革新》，《法学家》2003年第3期。

[51] 参见冉克平《论强制缔约制度》，《政治与法律》2009年第11期。

[52] 参见王利明《合同法研究（修订版）》（第1卷），中国人民大学出版社2011年版，第285页。

[53] 参见易军、宁红丽《强制缔约制度研究——兼论近代民法的嬗变与革新》，《法学家》2003年第3期。

[54] 参见崔建远《强制缔约及其中国化》，《社会科学战线》2006年第5期。

[55] 参见朱岩《强制缔约制度研究》，《清华法学》2011年第1期。

[56] 参见王利明《合同法研究（修订版）》（第1卷），中国人民大学出版社2011年版，第280页。

[57] 参见冉克平《强制缔约制度研究》，中国社会科学出版社2010年版，第74页。

[58] 参见王利明《合同法研究（修订版）》（第1卷），中国人民大学出版社2011年版，第278页；朱岩：《强制缔约制度研究》，《清华法学》2011年第1期。

[59] 参见易军、宁红丽《强制缔约制度研究——兼论近代民法的嬗变与革新》，《法学家》2003年第3期。

[60] 参见朱岩《强制缔约制度研究》，《清华法学》2011年第1期。

[61] 参见黄龙《强制缔约批判》，《湘江法律评论》2008年第7卷。

[62] 参见朱广新《合同法总论》（第2版），中国人民大学出版社2012年版，第128页。

[63] 参见崔建远主编《合同法》（第5版），法律出版社2010年版，第56页以下。

[64] 参见冉克平《强制缔约制度研究》，中国社会科学出版社2010年版，第67页。

[65] 参见李军《“从强制缔约”到“承诺在先”——关于公共事业服务中承诺在先原则确立的实证分析》，《法律适用》2008年第1期。

[66] 参见王利明《合同法研究（修订版）》（第1卷），中国人民大学出版社2011年版，第280页。

[67] 参见崔建远《合同法》（第5版），法律出版社2010年版，第57页以下。

[68] 参见崔建远《强制缔约及其中国化》，《社会科学战线》2006年第5期。

[69] 参见余立力《论信赖利益损害的民法救济》，《现代法学》2006年第1期。

[70] 参见朱岩《强制缔约制度研究》，《清华法学》2011年第1期。

[71] 参见朱岩《强制缔约制度研究》，《清华法学》2011年第1期。

[72] 参见崔明石《解析契约正义的演进——兼论强制缔约的产生》，《阿坝师范高等专科学校学报》2005年第1期。

[73] 参见崔建远《强制缔约及其中国化》，《社会科学战线》2006年第5期。

[74] 参见冉克平《论强制缔约制度》，《政治与法律》2009年第11期。

[75] 参见朱岩《强制缔约制度研究》，《清华法学》2011年第1期。

[76] 参见易军、宁红丽《强制缔约制度研究——兼论近代民法的嬗变与革新》，《法学家》2003年第3期；崔建远：《强制缔约及其中国化》，《社会科学战线》2006年第5期。

[77] 参见王利明《合同法研究（修订版）》（第1卷），中国人民大学出版社2011年版，第288页。

[78] 参见冉克平《论强制缔约制度》，《政治与法律》2009年第11期。

[79] 参见崔建远《强制缔约及其中国化》，《社会科学战线》2006年第5期。

[80] 参见冉克平《论强制缔约制度》，《政治与法律》2009年第11期。

[81] 参见王利明《合同法研究（修订版）》（第1卷），中国人民大学出版社2011年版，第288页。

[82] 参见屈茂辉、蒋学跃《我国强制缔约义务制度探析》，《人民法院报》2001 年11月2日。

[83] 参见朱岩《强制缔约制度研究》，《清华法学》2011年第1期。

[84] 参见李军《“从强制缔约”到“承诺在先”——关于公共事业服务中承诺在先原则确立的实证分析》，《法律适用》2008年第1期。

[85] 参见崔建远《强制缔约及其中国化》，《社会科学战线》2006年第5期；王利明：《合同法研究（修订版）》（第1卷），中国人民大学出版社2011年版，第289页。

[86] 参见崔建远《强制缔约及其中国化》，《社会科学战线》2006年第5期。

[87] 参见屈茂辉、蒋学跃《我国强制缔约义务制度探析》，《人民法院报》2001 年11月2日。

[88] 参见［日］我妻荣《民法讲义债法各论》（上卷），中国法制出版社2008年版，第17页。

[89] 参见王利明《合同法研究（修订版）》（第1卷），中国人民大学出版社2011年版，第407页；高圣平：《格式条款识别刍议——兼评我国相关地方立法》，《吉首大学学报》2005年第2期。

[90] 参见张友连《论合同格式条款的识别与解释》，《济南大学学报》2005年第6期。

[91] 参见张建军《格式合同立法缺陷之分析》，《法律适用》2005年第12期。

[92] 参见张友连《论合同格式条款的识别与解释》，《济南大学学报》2005年第6期。

[93] 高圣平：《格式合同司法规制中的几个问题》，载《合同法评论》2004年第4期，人民法院出版社2005年版；庄海丽：《论〈合同法〉对格式条款的法律规制——评析〈合同法〉第39、40、41条》，《山东社会科学》2005年第12期。

[94] 参见王利明《合同法研究（修订版）》（第1卷），中国人民大学出版社2011年版，第406页。

[95] 参见高圣平《格式条款识别刍议——兼评我国相关地方立法》，《吉首大学学报》2005年第2期。

[96] 参见高圣平《格式条款识别刍议——兼评我国相关地方立法》，《吉首大学学报》2005年第2期。

[97] 参见朱岩《格式条款的基本特征》，《法学杂志》2005年第6期。

[98] 参见王利明《合同法研究（修订版）》（第1卷），中国人民大学出版社2011年版，第411页。

[99] 参见高圣平《格式条款识别刍议——兼评我国相关地方立法》，《吉首大学学报》2005年第2期。

[100] 参见王利明《合同法研究（修订版）》（第2卷），中国人民大学出版社2011年版，第411—421页。

[101] 参见李开国主编《合同法》，法律出版社2007年版，第43页。

[102] 朱岩：《格式条款的基本特征》，《法学杂志》2005年第6期。

[103] 张新宝：《定式合同基本问题研讨》，《法学研究》1989年第6期。

[104] 参见苏号朋《论格式条款订入合同的规则》，载沈四宝主编《国际商法论丛》（第2卷），法律出版社2000年版。

[105] 参见王利明《合同法研究（修订版）》（第1卷），中国人民大学出版社2011年版，第414页。

[106] 参见郑辉《格式条款订入合同之规则解析》，《西北大学学报》（哲学社会科学版）2007年第4期；周清林：《论格式免责条款的效力层次——兼谈〈合同法〉及其司法解释之间的矛盾及其协调》，《现代法学》2011年第4期。

[107] 参见刘璐、高圣平《格式条款之订入合同规则研究》，《广西社会科学》2005年第2期。

[108] 王利明主编：《中国民法典学者建议稿及立法理由——债法总则编·合同编》，法律出版社2005年版，第231页。

[109] 参见唐烈英《格式条款与标准条款之比较》，《西南民族学院学报》（哲学社会科学版）2001年第12期。

[110] 参见程金洪《论格式条款的效力——〈合同法〉第39条与第40条之比较》，《中北大学学报》（社会科学版），2011年第4期。

[111] 参见崔建远《合同法总论》（上卷），中国人民大学出版社2008年版，第143页；王利明：《合同法研究（修订版）》（第1卷），中国人民大学出版社2011年版，第416页。

[112] 参见王利明《合同法研究（修订版）》（第1卷），中国人民大学出版社2011年版，第419页；李永军：《合同法》（第3版），法律出版社2010年版，第252页。

[113] 孙鹏：《合同法热点问题研究》，群众出版社2001年版，第226页。

[114] 参见朱广新《合同法总论》（第2版），中国人民大学出版社2012年版，第121页。

[115] 高圣平：《格式合同司法规制中的几个问题》，载《合同法评论》2004年第4期，人民法院出版社2005年版。

[116] 此处综合了王利明：《合同法研究（修订版）》（第1卷），中国人民大学出版社2011年版，第419页；李永军：《合同法》（第3版），法律出版社2010年版，第252页；韩世远：《合同法总论》（第3版），法律出版社2011年版，第742页。

[117] 参见李绍章《格式条款的契约法理与规制分析——兼评〈合同法解释（二）〉对格式条款的相关规定》，《南昌大学学报》（人文社会科学版）2012年第5期。

[118] 参见崔建远《合同法总论》（上卷），中国人民大学出版社2008年版，第145页。

[119] 参见崔建远主编《合同法》（第5版），法律出版社2010年版，第65页；韩世远：《合同法总论》（第3版），法律出版社2011年版，第744页；王利明：《合同法研究（修订版）》（第1卷），中国人民大学出版社2011年版，第420页。

[120] 参见刘璐、高圣平《格式条款之订入合同规则研究》，《广西社会科学》2005年第2期。

[121] 参见崔建远《合同法总论》（上卷），中国人民大学出版社2008年版，第149页。

[122] 参见刘璐、高圣平《格式条款之订入合同规则研究》，《广西社会科学》2005年第2期。

[123] 参见崔建远《合同法总论》（上卷），中国人民大学出版社2008年版，第153页。

[124] 参见苏号朋《格式条款订入消费者合同的法律规则》，《中国工商管理研究》2013年第3期。

[125] 张建军：《格式合同立法缺陷之分析》，《法律适用》2005年第12期。

[126] 参见梁慧星《统一合同法：成功与不足》，《中国法学》1999年第3期。

[127] 参见苏号朋《格式合同条款研究》，中国人民大学出版社2004年版，第190页。

[128] 参见胡志超《格式条款实务问题比较研究》，《人民司法》2001年第1期。

[129] 参见徐国栋《绿色民法典草案》，社会科学文献出版社2004年版，第509页。

[130] 参见王利明《对〈合同法〉格式条款规定的评析》，《政法论坛》1999年第6期。

[131] 参见任华《浅论格式免责条款的效力》，《中央政法干部管理学院学报》2000年第6期。

[132] 参见李绍章《格式条款的契约法理与规制分析——兼评〈合同法解释（二）〉对格式条款的相关规定》，《南昌大学学报》（人文社会科学版）2012年第5期。

[133] 参见朱广新《合同法总论》（第2版），中国人民大学出版社2012年版，第125页。类似观点见周清林《论格式免责条款的效力层次——兼谈〈合同法〉及其司法解释之间的矛盾及其协调》，《现代法学》2011年第4期。

[134] 参见高圣平《试论格式条款效力的概括规制——兼评我国合同法第39条》，《湖南师范大学社会科学学报》2005年第3期。

[135] 参见李永军《合同法》（第3版），法律出版社2010年版，第224页以下。

[136] 参见杜景林《合同规范在格式条款规制上的范式作用》，《法学》2010年第7期；高圣平：《试论格式条款效力的概括规制——兼评我国合同法第39条》，《湖南师范大学社会科学学报》2005年第3期。

[137] 参见程金洪《论格式条款的效力——〈合同法〉第39条与第40条之比较》，《中北大学学报》（社会科学版）2011年第4期。

[138] 参见周清林《论格式免责条款的效力层次——兼谈〈合同法〉及其司法解释之间的矛盾及其协调》，《现代法学》2011年第4期。

[139] 参见王利明《合同法研究（修订版）》（第2卷），中国人民大学出版社2011年版，第426页；高圣平：《试论格式条款效力的概括规制——兼评我国合同法第39条》，《湖南师范大学社会科学学报》2005年第3期。

[140] 参见李永军《合同法》（第3版），法律出版社2010年版，第247页以下。

[141] 参见朱岩《格式条款的基本特征》，《法学杂志》2005年第6期。

[142] 参见马育红《“完备合同”理论与格式合同的法律控制》，《甘肃政法学院学报》2009年总第3期。

[143] 参见王利明、崔建远《合同法新论·总则》（修订版），中国政法大学出版社2000年版，第171页；梁慧星主编：《中国民法典草案建议稿》，法律出版社2003年版，第169页；王利明：《合同法研究（修订版）》（第1卷），中国人民大学出版社2011年版，第360页。

[144] 如肖永平、刘珍兰《论缔约过失责任的概念和性质》，《河南省政法管理干部学院学报》2006年第2期；朱广新：《合同法总论》（第2版），中国人民大学出版社2012年版，第158页。

[145] 参见朱广新《合同法总论》（第2版），中国人民大学出版社2012年版，第165页。

[146] 参见王洪亮《缔约过失责任的历史嬗变》，《当代法学》2005年第5期。

[147] 参见卢谌、杜景林《论缔约过失的基本问题及体系建构》，《甘肃政法学院学报》2007年第1期。

[148] 参见张家勇《因情谊给付所致损害的赔偿责任》，《东方法学》2013年第1期。

[149] 参见朱广新《合同法总论》（第2版），中国人民大学出版社2012年版，第159页以下。

[150] 参见裴明学《缔约过失责任与允诺禁反言原则比较研究》，《现代法学》2004年第2期。

[151] 参见王洪亮《缔约过失责任的历史嬗变》，《当代法学》2005年第5期。

[152] 参见王泽鉴《缔约上之过失》，载《民法学说与判例研究》（第1卷），中国政法大学出版社1998年版。

[153] 参见冯文生等《缔约过失责任制度论要》，《河北法学》2002年第2期。

[154] 参见韩成军《缔约过失责任的理论逻辑与实证注解》，《河北法学》2011年第7期。

[155] 如魏振瀛主编《民法》，北京大学出版社、高等教育出版社2000年版，第421页；王利明：《合同法新问题研究》，中国社会科学出版社2003年版，第122页；崔建远主编：《合同法》（第5版），法律出版社2010年版，第122页。

[156] 参见王利明主编《中国民法典学者建议稿及立法理由——债法总则编·合同编》，法律出版社2005年版，第6编第2章。

[157] 参见张民安主编《合同法》，中山大学出版社2003年版，第66—67页。

[158] 参见李中原《缔约过失责任之独立性质疑》，《法学》2008年第7期。

[159] 参见冉克平《缔约过失责任性质新论——以德国学说与判例的变迁为视角》，《河北法学》2010年第2期。

[160] 参见李中原《缔约过失责任之独立性质疑》，《法学》2008年第7期。

[161] 参见张金海《耶林式缔约过失责任的再定位》，《政治与法律》2010年第6期。

[162] 参见叶金强《论中断磋商的赔偿责任》，《法学》2010年第3期。

[163] 参见张金海《耶林式缔约过失责任的再定位》，《政治与法律》2010年第6期。

[164] 参见王利明《合同法研究（修订版）》（第1卷），中国人民大学出版社2011年版，第366页。

[165] 参见崔建远《合同法》，北京大学出版社2012年版，第104页。

[166] 参见崔建远主编《合同法》（第5版），法律出版社2010年版，第123页；韩世

远：《合同法总论》（第3版），法律出版社2011年版，第134页。

[167] 参见王利明《合同法研究（修订版）》（第1卷），中国人民大学出版社2011年版，第335页以下。

[168] 参见吴一平《论缔约过失责任之构成要件》，《中南大学学报》（社会科学版）2012年第2期。

[169] 参见韩成军《缔约过失责任的理论逻辑与实证注解》，《河北法学》2011年第7期。

[170] 肖永平、刘珍兰：《论缔约过失责任的概念和性质》，《河南省政法管理干部学院学报》2006年第2期。

[171] 参见王利明《合同法研究（修订版）》（第1卷），中国人民大学出版社2011年版，第342页；崔建远主编：《合同法》（第5版），法律出版社2010年版，第122页。

[172] 参见韩世远《我国合同法中的缔约上过失问题研究》，《法学家》2004年第3期。

[173] 魏盛礼、匡爱民：《对我国缔约过失责任理论的两点质疑》，《南昌大学学报》（人文社会科学版）2003年第2期。

[174] 参见韩世远《合同责任的争点与反思》，《人民法院报》2001年6月22、23日，第3版。

[175] 参见魏盛礼、匡爱民《对我国缔约过失责任理论的两点质疑》，《南昌大学学报》（人文社会科学版）2003年第2期。

[176] 此处综合了焦富民：《对缔约过失责任制度的新思考》，《甘肃政法学院学报》2003年，总第69期；韩成军：《缔约过失责任的理论逻辑与实证注解》，《河北法学》2011年第7期；吴一平：《论缔约过失责任之构成要件》，《中南大学学报》（社会科学版）2012年第2期。

[177] 参见卢谌、杜景林《论缔约过失的基本问题及体系建构》，《甘肃政法学院学报》2007年第1期。

[178] 参见魏盛礼、匡爱民《对我国缔约过失责任理论的两点质疑》，《南昌大学学报》（人文社会科学版）2003年第2期。

[179] 参见赵金龙《合同变更中的缔约过失责任问题》，《河北法学》2000年第3期。

[180] 参见彭世权、周泰山《论合同有效中的缔约过失责任》，《西南师范大学学报》（人文社会科学版）2006年第2期。

[181] 参见康晓磊、陈洲《缔约过失责任在合同有效条件下适用的法理初探》，《辽宁行政学院学报》2008年第5期；实务界也有支持这种观点的判决，见北京朝阳区人民法院民一庭《论合同有效成立情况下的缔约过失责任》，《民事审判指导与参考》，法律出版社2008年版，第48页以下。

[182] 参见卢谌、杜景林《论缔约过失的基本问题及体系建构》，《甘肃政法学院学报》2007年第1期。

[183] 参见丁勇《论德国法中的第三人缔约过失责任》，《法律科学》2004年第3 期；李昊：《德国缔约过失责任的成文化》，《清华法学》2010年第2期。

[184] 参见王利明《合同法研究（修订版）》（第1卷），中国人民大学出版社2011年版，第356页以下。

[185] 参见崔建远《合同法》，北京大学出版社2012年版，第105—106页。

[186] 参见房绍坤《民商法问题研究与适用》，北京大学出版社2002年版，第234页。

[187] 参见隋彭生《合同法要义》，中国政法大学出版社2005年版，第103页以下。

[188] 参见韩世远《合同法总论》（第3版），法律出版社2011年版，第124页以下。

[189] 参见张金海《耶林式缔约过失责任的再定位》，《政治与法律》2010年第6期。

[190] 参见谢怀栻等《合同法原理》，法律出版社2000年版，第78页。

[191] 参见胡康生主编《中华人民共和国合同法释义》（第2版），法律出版社2009年版，第73页。

[192] 参见王利明《合同法研究（修订版）》（第1卷），中国人民大学出版社2011年版，第346页。

[193] 参见叶金强《论中断磋商的赔偿责任》，《法学》2010年第3期。

[194] 参见周江洪《缔约过程中的磋商义务及其责任》，《绍兴文理学院学报》2010年第6期。

[195] 参见叶金强《论中断磋商的赔偿责任》，《法学》2010年第3期。

[196] 参见周江洪《缔约过程中的磋商义务及其责任》，《绍兴文理学院学报》2010年第6期。

[197] 参见张虹《缔约磋商中保密义务的法律适用研究——以〈中华人民共和国合同法〉第43条为中心》，《法商研究》2011年第2期。

[198] 参见卢谌、杜景林《论缔约过失的基本问题及体系建构》，《甘肃政法学院学报》2007年第1期。

[199] 参见崔建远《合同法总论》（上卷），中国人民大学出版社2008年版，第366页。

[200] 参见张虹《缔约磋商中保密义务的法律适用研究——以〈中华人民共和国合同法〉第43条为中心》，《法商研究》2011年第2期。

[201] 参见王利明《合同法研究（修订版）》（第1卷），中国人民大学出版社2011年版，第352页。

[202] 参见韩世远《合同法总论》（第3版），法律出版社2011年版，第145页；王利明：《合同法研究（修订版）》（第1卷），中国人民大学出版社2011年版，第367页。

[203] 参见王利明《合同法研究（修订版）》（第1卷），中国人民大学出版社2011年版，第367页。

[204] 参见崔建远《合同法总论》（上卷），中国人民大学出版社2008年版，第370页以下。

[205] 马新彦：《信赖与信赖利益考》，《法学研究》2000年第3期。

[206] 参见吴一平《论缔约过失责任之构成要件》，《中南大学学报》（社会科学版）2012年第2期。

[207] 参见冯文生等《缔约过失责任制度论要》，《河北法学》2002年第2期。

[208] 参见钟奇江《我国缔约过失责任制度的完善》，《广西社会科学》2005年第4期。

[209] 参见崔建远《合同法》，北京大学出版社2012年版，第373页。

[210] 此处综合了韩成军：《缔约过失责任的理论逻辑与实证注解》，《河北法学》2011年第7期；吴一平：《论缔约过失责任之构成要件》，《中南大学学报》（社会科学版）2012年第2期。

[211] 参见王利明《合同法新问题研究》，中国社会科学出版社2003年版，第156页。

[212] 参见焦富民《对缔约过失责任制度的新思考》，《甘肃政法学院学报》2003年第4期。

[213] 参见肖永平、刘珍兰《论缔约过失责任的概念和性质》，《河南省政法管理干部学院学报》2006年第2期。

[214] 参见韩世远《合同法总论》（第3版），法律出版社2011年版，第146页。

[215] 参见钟奇江《我国缔约过失责任制度的完善》，《广西社会科学》2005年第4期；吴一平：《论缔约过失责任之构成要件》，《中南大学学报》（社会科学版）2012年第2期。

[216] 参见王斌《合理预见规则之研究》，《现代法学》1999年第4期；袁招岱：《浅论我国合同法中合理预见规则》，《社会科学论坛》2005年第4期。

第五章　合同的效力

第一节　未生效合同

一　未生效合同的界定及其意义

（一）界定与种类

我国合同法理论与立法均将合同效力区分为四种：有效、无效、可变更可撤销和效力未定。近年来，一些学者提出了“未生效”概念，有关讨论也较为深入。

1.界定

合同未生效“是指已经成立的合同尚未具备生效要件，至少暂时不能完全或者完全不能按照当事人的合意赋予法律拘束力，即至少暂时不能发生履行的效果”[1]。

未生效合同则是指已具备一般有效要件，但未具备特殊有效要件的合同。理论与实务上都强调未生效合同效力的“暂时性”特征，可因某一事态发展而转化为生效状态。[2] 还有学者认为它产生独立的法律责任，与缔约过失责任有明显区别。如缔约过失责任仅以赔偿损失为责任形式；合同未生效阶段的责任形式则不仅限于赔偿损失，因为合同关系已成立，故可解除合同；在当事人一方不正当影响合同生效条件的成就时，还须对其行为作出独立的否定评价，如不正当促成条件成就的，视为条件不成就；不正当阻碍条件成就的，视为条件已成就。[3]

2.种类

对未生效合同的类型，学者看法一致，即包括法定型与约定型，即《合同法》第44条规定的须批准、登记型、第45条和第46条规定的附停止条件型和附始期型。亦有学者纳入了效力未定型。[4] 讨论的重点是法定型。

《合同法司法解释一》第9条明确使用了“合同未生效”的措辞。此外，《关于外商投资企业纠纷案件若干问题的规定（一）》第1条也重申了“未生效”的概念。学界再次掀起了未生效合同的讨论热潮。

（二）合理性

传统民法理论并没有纳入未生效合同的概念。学界以往多将其归入效力待定的合同。但未生效合同要生效，需要国家机关实施的独立行政行为，效力待定合同则需有权的第三方同意或追认等。[5] 诸多学者肯定未生效合同。如认为在合同的传统效力基础上，加入“未生效”这种弹性合同效力，丰富了合同效力理论与实践。以《合同法》司法解释为例，其意义体现在：①鼓励交易；②弥补合同形式上的缺陷；③平衡双方的利益，保护诚信一方当事人的利益；④维护市场交易秩序。[6] 或认为，未生效制度对合同效力留有余地，在一定期间视情况发展变化再做最终裁判，更为灵活，较为符合实际需要，“显然是理性的方案”[7]。

从法律体系角度出发，有学者认为，各国都不把欠缺特别生效要件作为法律行为无效、可撤销、效力待定的原因。这是因为特别生效要件可由当事人约定，它一般表现为欠缺，而且不具有否定或谴责色彩；一般生效要件均由法定，违反它就产生法律否定评价甚至谴责评价。[8] 或从合同责任入手，认为在缔约过失责任、违约责任及后合同责任三者之外，还存在一个合同成立而未生效的阶段，需要一种新的责任来规制这一阶段当事人的行为，即合同未生效阶段的法律责任。[9]

但是，也有学者反对使用这一概念。反对的理由主要是如下两方面：

其一，“未生效”是一个需要进一步澄清的不规范概念。它只是消极地陈述了合同不产生法律拘束力，但并没阐明合同的效力。故，应将未经批准的合同作为效力待定的合同类型之一。这并不违反法律设置批准性规范的目的，因为批准性规范大多属于控制性许可，目的并非普遍禁止人们的自由行为，而是保证行为自由不偏离实体法的要求。认定无效会使行政批准的目的落空，效力待定模式恰当地把握了批准性规定控制行为自由的分寸。[10]

其二，“未生效合同”概念割断了合同成立与生效的一体关系，抽空了特约生效要件成就前合同的意思基础。合同一经依法成立，即具有法律约束力，未生效仅指不发生当事人请求履行合同的效力。“未生效”的应为主给付义务，但还需通过当事人约定或者合同解释加以确定。在特约生效要件成就前，当事人违反特约范围以外的约定或法定义务的行为，构成违约。[11] 可见，其理由的核心是对《合同法》第8条“依法成立的合同，对当事人具有法律拘束力”，尤其是“受法律保护”的理解。

（三）一般法律效力

通说认为，行政审批为法律规定的合同一般生效（成立）要件之外的条件，即特殊生效要件。有学者认为，“法律拘束力”体现为“形式拘束力”，即不得擅自变更或者解除合同，一方无法请求对方履行合同义务。在欠缺的生效要件完备时，该合同才获得“实质拘束力”，成为生效合同。相对人的保护有积极保护与消极保护之分。[12] 或指出，未生效合同由于已具备一般有效条件，因而当事人在该合同中的期待利益具有期待权性质，值得法律保护。当事人可以进行处分。合同变更与转让虽均须以合同有效为前提，但变更或转让行为可视为当事人对自己所享有的合法利益的处分，应认定有效。[13]

二　需行政审批的合同的效力

（一）问题域界定

1.合同形式与合同效力

未生效合同的讨论重点是需行政审批的合同。行政审批是合同的书面形式范畴，抑或合同的生效要件，我国立法规定不一，学者多将其纳入合同形式中论述。如认为审批机关的批准行为是法律行为的程序形式，是除表达形式以外的、非由行为人实施的、对法律行为效力有直接影响的行为方式。[14] 但《合同法》则将其置于“合同的效力”章的开篇，因此，有学者认为，合同是当事人各方的合意，公证、鉴证、登记、审批皆为当事人各方合意以外的因素，不属于成立要件的范畴，而属于效力评价领域。[15] 为阐述未生效这一制度，并与现行法体例一致，本书将其纳入合同效力部分。

2.类型

我国需要行政审批的合同类型众多。有法官将其概括为三种：第一，针对市场准入资格的批准。例如，从事证券经纪业务、期货经纪业务的主体，需经批准才能从事相关业务。第二，针对交易行为的批准。例如，国有企业转让国有资产的合同须经批准等。第三，对履行行为的批准。该类批准主要涉及合同义务的履行，与合同效力无关。[16]

（二）法律效力

《合同法司法解释二》第8条规定：“依照法律、行政法规的规定经批准或者登记才能生效的合同成立后，有义务办理申请批准或者申请登记等手续的一方当事人未按照法律规定或者合同约定办理申请批

准或者未申请登记的，属于合同法第四十二条第（三）项规定的'其他违背诚实信用原则的行为'，人民法院可以根据案件的具体情况和相对人的请求，判决相对人自己办理有关手续；对方当事人对由此产生的费用和给相对人造成的实际损失，应当承担损害赔偿责任。"本条规定及《合同法》第44条是晚近研究的热点。

1.《合同法》第44条与第52条第5项的关系

《合同法》第44条性质，学界看法不同。有学者很早就指出，若相关法律、法规明定批准、登记为生效要件时，合同无效当无问题；但如法律、法规只规定应当办理批准、登记手续，而未规定其为成立要件或生效要件时，合同效力如何则存疑。但无论如何，批准、登记从来就不应作为合同成立的要件，因为行政批准是反映国家意志的行政行为，意在通过国家权力对私人生活的干预，使合同关系符合国家和社会的利益。[17] 这实际上暗含了《合同法》第44条与第52条第5项的关系，即《合同法》第44条转介的"应当办理批准登记等手续的法律、行政法规"，是否为《合同法》第52条第5项的"法律、行政法规的强制性规定"？

否定论的理由主要是：《合同法》第44条属于要求当事人必须采取特定行为模式的强制性规定，而非指禁止当事人采用特定模式的强制性规定，而《合同法》第52条第5项主要针对的是后者。[18]

肯定论者指出，法律规定批准要件时，经常不只是为法律行为设置一个生效要件，也提出了强行要求，且在必要时可予以惩罚。认识到行政审批与强行法规范存在联系，其意义在于：其一，不应只是在法条中寻找"批准"字样，而应从强制性规定的性质入手，考察其运作时是否存在行政同意或追认的环节，从而界定《合同法司法解释二》第8条适用的确切范围。其二，既然违反强制性规定对合同效力的影响丰富多样，就须从规范目的入手判断，第8条的适用也要首先探究批准规定的规范目的。[19]

值得思考的问题是，《合同法》第44条是否与《合同法》第52条第5项一样，也是转介规范，即将公法规范引入到私法中？有学者认为，《合同法》第44条和《合同法》第52条第5项存在本质区别：前者是立法者授权行政机关对个别合同的效力进行控制，后者旨在实现立法者对合同效力普遍控制的意志。故，合同不得违反法律、行政法规的强制性规定是合同的一般生效要件，而依据法律、行政法规的规定办理批准手续为合同的特殊生效要件。但二者之间亦存在一定的联系，即在"批准"并非针对当事人从事的具体法律行为，而是针对当事人从事某类型交易必须获得的资质（营业许可）。在判断合同效力

时，应先考察合同是否具备一般生效要件，再考察合同是否具备特殊生效要件；若不满足一般生效要件，则合同无效；若满足一般生效要件，但不满足特殊生效要件，则合同为未生效。法律适用上，尽管这类规范确属强制性规定，但由于《合同法》已就行政审批对合同效力的影响作了特别规定，因此，应根据《合同法》第44条第2款认定合同未生效。[20]

2.行政审批与合同的终局效力

行政审批的通过是否意味着合同最终发生效力，而撤销审批就意味着合同无效？有法官对此持否定态度，认为合同之所以发生效力及发生何种效力，源于当事人的约定，行政审批只是对民事行为的认可与监管，并非行政确权行为。此外，审批机关仅审查其职权范围内的事项，并非审查合同的所有生效要件。[21] 法院和仲裁机构才是审查合同有效性的主体，行政审批机关无权对合同是否有效作出评价，而仅能在授权范围内对合同效力进行控制。故，合同并不因已获得批准而当然有效。法院认定合同效力或财产权属时，不应受审批结果的拘束。因合同或财产权属发生的争议应通过民事诉讼解决，且当事人不得就批准行为本身提起行政复议或行政诉讼。基于信赖保护原则，合同也不因行政批准被撤销而当然失效。[22] 《关于审理外商投资企业纠纷案件若干问题的规定（一）》第3条也规定：法院在审理案件中，发现经外商投资企业审批机关批准的外商投资企业合同具有法律、行政法规规定的无效情形的，应当认定合同无效。确认了法院对合同终局效力的认定权。

3.基础行为与履行行为

《物权法》第15条区分合同效力与物权变动效果。为尽量避免未经行政审批的合同被认定为无效，能否借鉴《物权法》上的区分原则，在合同行政审批效力方面，亦区分基础行为（即合同本身）与履行行为？

（1）肯定说

这是学界和实务界很流行的观点。如认为基础行为须批准，则在批准作出前，合同尚未生效；履行行为须批准时，作为基础的合同则是有效的。[23] 基础行为须批准的情形包括两种：第一，行为本身以批准为生效要件，如需要报经外商投资企业审批机关批准的合同。第二，“前置”的批准主要是市场准入资格，即取得某种资质才允许经营。在取得营业许可前订立的合同，其效力又有两种：一是投资合同应为有效。一是对后续交易的影响。在特许经营、限制经营的情形，未获批准取得经营资质时订立的合同无效。履行行为须批准的情形涉

及的是合同义务能否得以履行，权利能否得以实现的问题，不适用《合同法》第44条第2款。[24] 若履行行为涉及物权变动时（如矿业权转让合同），应依据物权区分原则，将合同效力与合同履行分为两个相互分离的法律事实。这不仅可以贯彻合同自由和私法自治的理念要求，而且在法律逻辑上也融会贯通；不仅可以有效达成行政管制的目标，符合行政法的比例原则，还可以促进交易，防范当事方的机会主义行为，降低制度成本。[25]

（2）否定说

认为用《物权法》上的区分原则来解决行政审批与合同效力，在解释论与立法论上都不成立。因为行政审批与不动产登记在法律性质上有别。不动产登记仅仅是不动产物权的公示方式，并非登记机关对私法自治的干涉，故只能将其作为物权变动的要件，而不能作为合同生效的要件。行政审批则是公法授权审批机关对交易行为进行控制的手段，且行政审批的对象既可能是引起权利变动的原因行为，也可能是权利变动本身。一概切断行政审批对合同效力的影响，必然使国家的某些管制措施无法实现。此外，须经行政审批的合同可能与权利变动无关，自无适用“区分原则”的空间。尽管如此，区分原则也有重要意义：若须经行政审批的交易涉及权利变动的，应分析行政审批究竟是针对原因行为，还是针对权利变动的履行行为：审批的对象为履行行为时，基础行为不受行政审批的影响，未经审批或者报批未获得通过时，仅发生合同履行不能或者权利不发生变动的结果。[26]

4.报批义务

（1）报批义务的定性

在相关司法解释出台之前，就有学者指出了须经行政审批的合同中的一个困境：只要当事人不申请补办批准、登记手续，合同就确定无效。受损害方只能请求对方赔偿缔约上过失造成的信赖利益损害。因信赖利益的赔偿通常低于期待利益的赔偿，法律设计是有利于恶意当事人的。[27] 更有学者建议，为避免因任何一方不作为导致合同无法生效，法院可确认此义务的存在及此义务不履行时，由相应的国家机关依法院的确认办理相关手续，以满足合同的生效要件。[28] 《合同法司法解释二》第8条与《关于审理外商投资企业纠纷案件若干问题的规定（一）》第1条，均明确规定了当事人促成合同生效的报批义务。有法官认为，报批义务的合理性在于：如当事人有使合同生效的诉求，只判令过错方承担赔偿损失，而不判令当事人办理生效手续使合同生效，有违未生效合同的基本法理，也纵容了违反诚实信用的一方拒不办理生效手续的不诚信行为。[29]

报批或申请义务的性质是解释论上的一个难题。关于违反报批义务所承担的责任性质，目前学说有四：

其一，违约责任说。认为当事人在合同中有报批义务的约定时，报批义务是合同本身约定的义务；未约定的，也同样存在法定的报批义务，它属于合同义务中的从给付义务，源于诚实信用原则。违反这一义务当然承担违约责任。[30] 或认为，不办理批准登记手续或恶意促成条件的成就或不成就，显然不是违反了先合同义务，而是直接违反了合同义务，故应当承担违约责任。[31]

其二，单独责任说。有实务界人士将其界定为“游移于缔约过失与违约责任之间”的责任。因为若采缔约过失责任，只能是赔偿损失，难以规制一方有违诚信原则的不报批行为；但是，违约责任说将这类合同与生效合同予以同样处理，亦难自圆其说。基于此，只能创新缔约过失责任的适用范围，将其扩展适用至已成立未生效合同：在不具备强制履行的条件时，依缔约过失责任赔偿损失，即信赖利益损失。在符合一定条件时，可认定为违反可独立诉请的附随义务，债权人可请求强制履行。[32]

其三，双重性质说。认为违反这种义务的责任兼具缔约过失责任和违约责任的性质。一方面，司法解释将违反报批义务的行为界定为《合同法》第42条第3项规定的“其他违背诚实信用原则的行为”，当然系缔约过失责任；另一方面，司法解释规定了判决相对人自己办理有关手续与实际损失赔偿责任，系指实际履行或实际履行的替代，不属于缔约过失责任。可见，司法解释旨在确立缔约过失责任与违约责任的竞合规则，权利人既可主张缔约过失责任（请求判决负有报批义务的当事人承担信赖利益的赔偿责任），也可主张违约责任（请求判决负有报批义务的当事人实际履行报批义务或者判决由权利人办理有关报批手续，负有报批义务的当事人对由此产生的费用和实际损失承担赔偿责任）。[33]

其四，缔约过失责任说。反对“未生效”合同的学者认为，未生效合同在生效前没有合同效力，当事人违反诚信所致损害属信赖利益损失，应按缔约过失责任处理。《合同法司法解释二》第8条将已然存立的法定或约定的义务从合同义务中剥离出来，纳入缔约过失责任中的先合同义务范畴，无视合同已经成立的事实，回避了合同成立、合同生效与特别生效要件的关系问题，“有强烈的人为斧凿的痕迹”[34]。

（2）报批义务的履行

《合同法司法解释二》第8条规定，法院可“判决相对人自己办理

有关手续”。司法解释起草人指出，对报批义务的继续履行有两种选择方案：一是可由法院判决义务人履行，但其执行困难。二是“判决相对人自己办理有关手续”，即由相对人代替义务人履行义务，由义务人负担相关费用及赔偿相关损失。[35] 该条规定的两个要点是：其一，只能判决相对人去办理相关报批和登记的手续，而不能直接判令审批或者登记机关办理审批和登记手续。其二，判令相对人自己办理报批或者登记手续。[36]

这种做法得到了一些法官的支持：为避免法院判决陷入无法执行的尴尬境地，当义务人怠于履行或不履行报批义务时，可以转化为间接履行或履行替代，即通过他人的履行来代替义务人的履行，转而由义务人承担他人履行的费用。[37] 但是，也有法官认为，上述规定尚不周全：在义务人不配合时，相对人直接申请办理手续的可能性很小，还存在审批机关是否认可的问题。此外，在相对人提出请求时判决其自己办理手续，有混淆权利义务之虞。因此不宜直接确定相对人自己办理有关手续。[38] 鉴于此，有学者认为，实际履行及“判决相对人自己办理”应作扩张解释，报批义务也包括协作义务，双方都有协作义务。[39]

5.损害赔偿

在《合同法司法解释二》出台之前，通说认为，在报批之前，合同没有生效，一方不能主张违约损害赔偿请求权，只能依据诚信原则主张缔约过失责任。[40] 《合同法司法解释二》出台后，也有学者坚持这种观点。[41] 如认为，《合同法司法解释二》第8条规定的损害只适用于因一方当事人故意不作为而导致批准手续无法完成的情形，对其他情形不能适用。此时合同将确定地不发生效力，当事人不能追究对方当事人的缔约过失责任，更不能主张违约责任。[42] 据此，该条所涉损失仅限于信赖利益损失，不包括履行利益损失。

也有学者认为，损害赔偿范围应细分为如下情形：①有关批准、登记手续的规范，其目的是促使申请义务人慎重考虑、提供“犹豫期”，那么只要申请义务人确无恶意，即不应判由相对人办理，也无损害赔偿的余地；②若申请义务人违反义务的行为使所引起的信赖落空，则应赔偿信赖利益损失；③一方依约申请即必然批准，因义务人阻挠而未获批准，虽不能直接适用《合同法》第45条第2款关于条件成就或不成就的拟制规定，但损害赔偿可以参照履行利益，以达到与阻碍条件不成就时与条件成就等同对待的效果。[43]

6.合同解除

对已成立未生效的合同，一方不履行报批义务或延迟履行报批义

务时，《合同法司法解释二》第8条并没有规定相对方可以解除合同。有法官认为这是一大缺失，应当允许相对方主张解除合同，否则将无异于使未生效合同永远处于中间状态。诉请解除合同的，赔偿范围不宜包括可得利益。[44] 反对意见者认为，此时解除合同后应赔偿履行利益。[45] 《关于审理外商投资企业纠纷案件若干问题的规定（一）》第6条第2款则明确规定了相对方的合同解除权。

（三）立法论

1.存与废

《合同法》第44条与第52条第5项一样，也是转介条款，即将公法对合同审批、登记的要求引入私法。故，有学者建议，应删除《合同法》第44条。核心理由是它与《合同法》的私法属性不协调，导致了法律部门分工的混乱。本条款的内容完全可以交由其他法律部门调整，《合同法》第123条规定“其他法律对合同另有规定的，依照其规定”，也为这种立法改革创造了条件。[46]

2.合同效力规定的完善

《合同法》第44条没有规定后果规范。有学者建议应修改为：“法律、行政法规规定应当办理批准、登记等手续的，合同自批准、登记时生效。”果如此，则批准、登记作为合同生效要件的原则就会澄清与明确。[47] 也有学者认为，该条的完整表达应为：“法律、行政法规规定应当办理批准、登记等手续合同才能生效的，依照其规定。”[48]

此外，还有学者认为，立法上应当明确规定，若行政审批针对的仅仅是合同履行引起的权利变动而不是合同的效力时，则该类合同系已生效合同。[49] 或以矿业权转让合同为例，认为应当确认行政审批的结果与矿业权转让合同的效力绝缘，审批的效力仅及于合同履行。若矿业权转让未获批准且该结果不可归责于合同当事人，视为在合同履行过程中发生了不可抗力，各方互不承担违约责任；未经批准可归责于一方的，则未获批准不构成不可抗力，此时过错方应承担违约责任。[50]

三　评论

未生效合同的研究是随着《合同法司法解释二》的颁行逐渐引起学者重视的，其第8条与我国通说多有不合，因此研究空间也较大。

1.未生效合同的类型及其问题域界定

目前的研究多将合同未生效界定为合同已经成立，但尚未发生法律效力的状态。将附期限、附条件合同纳入这种类型，没有任何争议。在法律上，未生效合同是否能成为独立类型，未经行政审批的合同是一个重要支撑。

未经行政审批的合同，到底是不成立，还是具有成立效力但不具有生效效力，取决于将行政审批界定为特别成立要件还是特别生效要件。有很多学者已力陈成立与生效的区分并无实益。虽然《合同法》将其界定为未生效，但学界多将其界定为合同成立问题，即合同成立的特别要件。若将其界定为成立问题，则只能将行政审批界定为特殊的书面形式。将其界定为效力问题更为妥当：其一，行政审批涉及体现行政机关意志的行政行为，与书面形式的区别显著；其二，若将未经行政审批的合同界定为合同成立的特别要件，则难以解释《合同法司法解释二》中的报批义务。效力要件则可将报批义务解释为系对合同效力瑕疵补正的强制规定。

2.基础合同与履行行为的区分

为缓和行政审批对合同效力的影响，将行政审批的影响范围区分为基础合同与履行行为，这是可行的。但这种方案有如下问题：一是履行行为与基础合同中的行政审批往往难以区分。如国有企业转让产权的合同须经批准时，当事人合同订立后没有取得审批的，在合同履行时也必然要取得审批，不经审批无法完成产权过户。在合同订立时与合同履行时的审批并没有区别。二是过分偏重了一方利益的保护。因为若认定合同有效，在履行行为没有获得审批时，则不能履行的一方将要承担违约责任。但没有获得审批的原因，既可能是一方不履行报批义务，也可能是行政机关不予批准，而在合同订立时，双方均知道合同需要审批，由一方承担审批失败的风险确实不公。三是在履行行为无法得到行政审批的情形，依据《合同法》第110条，债务人应构成履行不能，而《合同法》并没有规定履行不能的合同无效。从这个角度看，未取得批准的所有合同都构成履行不能，合同本来就应该有效。这样，行政审批就根本无法控制合同的效力，而只能影响合同的履行。行政审批的立法价值就丧失殆尽。

兹以一例说明。《城市房地产管理法》第39条规定，以出让方式取得土地使用权的，转让房地产时，应当符合下列条件：（一）按照出让合同约定已经支付全部土地使用权出让金，并取得土地使用权证书；（二）按照出让合同约定进行投资开发，属于房屋建设工程的，完成开发投资总额的百分之二十五以上，属于成片开发土地的，形成工业用地或者其他建设用地条件。在实践中，若甲乙之间的土地使用权转让合同违反了该条规定，当然无法办理过户登记。实践中，很多

法院认定转让合同有效，卖方需承担违约责任。其理由是，第39条并非合同生效的要件，而是权利登记过户的条件。但买方在缔约时也明知标的物的状况，由卖方承担全部责任，未免不公。

3.《合同法司法解释二》中的报批义务

合同的行政审批是公权力干预合同最直接的体现之一。正是这种公法与私法的短兵相接，使报批义务在目前的法教义学框架中难以解释。在现行法上，报批义务不能通过附条件理论来解释，是否能解释为法定义务也存在疑问。《合同法司法解释二》扩张了缔约过失责任，具言之，即传统缔约过失责任并不消除缔约过失，而只是通过损害赔偿责任预防。但报批义务的履行，无论其结果如何，都消除了缔约过失。这种扩张符合交易的实质公正观念，无可厚非。在缔约过失责任模式下，这一规定也使一方依据其利益来决定是否报批的机会主义得以遏制，当然也压缩了选择报批以前的犹豫期，使其订立这种合同更为谨慎。愚意，唯有将未经审批的合同解释为双方的预约，而且系未来订立正式合同的预约，才能在现行法框架下解释报批义务。

报批义务的强制执行应该不存在问题。《合同法司法解释二》规定由相对人申请报批，然后由义务人承担相应费用，与现行行政审批体制多有不合，在《合同法司法解释二》通过后，最高法院曾判决由义务人履行报请审批机关批准的义务。而且阐明“即使转让合同未经批准，仍应认定报批义务在合同成立时即已产生，否则当事人可通过肆意不办理或不协助办理报批手续而恶意阻止合同生效，有悖于诚实信用原则”[51]。此后，《关于审理外商投资企业纠纷案件若干问题的规定（一）》第6条也规定，受让方可请求转让方与外商投资企业在一定期限内共同履行报批义务。可见，这一义务的强制执行不存在障碍。

第二节　表见代理

一　表见代理与相关制度

（一）表见代理与容忍代理、拟制追认

因本人不作否认表示而对他人行为负责的规则，包括表见代理、容忍代理与拟制追认，它们与私法自治理念都存在冲突，故，何时让本人对他人承担责任，是民法应予规范的重要问题。而且，表见代理、容忍代理与拟制追认的关系如何协调，也是学界关注的重要问

题。《民法通则》第66条第1款第3句（以下简称“第3句”）规定：“被代理人知道他人以被代理人名义实施民事行为而不作否认表示的，视为同意。”对这一规定，学界晚近进行了深入研讨。

1.《民法通则》第66条第1款第3句的两种解释

20世纪90年代后，对该规定的性质有两种看法：一是认为它系表见代理的一种特殊类型；[52] 二是认为它系无权代理完成后的拟制或默示追认的规定，已被《合同法》第48条第2款取代。[53]

晚近以来，学者也认为，从文义上看，“第3句”既可以解释为容忍代理，也可以解释为默示授权。[54] 或认为，它可以解释为：一是被代理人在相关民事行为完成前知道而不作否认表示，发生容忍授权的效果，构成广义表见代理的特殊类型，可称为容忍型代理；二是被代理人在相关民事行为完成后知道不作否认表示，则视为追认，因追认效果为法律拟制，可称为拟制追认类型。[55]

2.容忍代理的法律定性

依“第3句”，容忍代理的要件是：被代理人明知，且不作否认表示。有学者认为，“被代理人明知”证明了被代理人归责的正当性：既然明知他人表示为其代理人并为代理行为，即应积极采取措施消除。此外，容忍代理还要求相对人知悉被代理人明知且不作否认的事实，这说明了对相对人进行保护的合理性，正是由于相对人知悉被代理人的知情和态度，他相信代理权的表象才具有合理性。[56] 一次偶发的代理行为尚不足构成容忍表见代理。因此，容忍代理在民事代理中出现的概率不高，因为代理人并不处于反复而持续一定期间为代理行为的地位。但在商事代理中，店员与雇用人，经理人与公司之间都具有继续性契约性质，代理人反复为一定种类或一定范围的代理行为，应属常态。[57]

对容忍代理与表见代理的关系，学界多主张将容忍代理纳入表见代理的特殊类型。如认为容忍代理在性质上属于一种表见代理，在合同法已对表见代理作出专门规定的情形，不宜再将“第3句”解释为容忍代理，应该在《合同法》第49条的框架内构造容忍代理的要件。[58] 或指出，它应作为广义表见代理的特殊类型，纳入《合同法》第49条。“第3句”规定的拟制追认的效果应被否定，拟制追认应改为默示追认，纳入追认代理的一般规则处理，在构成默示追认情形，“第3句”应纳入第1句处理。因为将“第3句”解释为拟制追认虽然贯彻了被代理人明知这个条件，但因其将单纯沉默拟制为同意，与《合同法》第48条第2款第2句冲突，应依新法优于旧法的原则，“第3句”应被后者替代。[59]

（二）表见代理与代理授权行为

在德国法，代理权的授予行为（以下简称“授权行为”）与产生代理权的基础行为（主要是委托行为）相互独立，而且授权行为具有无因性。晚近以来，学界就授权行为的无因性与表见代理制度的功能关系，形成了截然不同的观点。

一是主张两者并存。认为代理权的授权独立于委托合同的根本目的，是切断代理权与委托合同或其他基础关系的直接牵连，使授权行为的效力不受委托合同或其他基础关系瑕疵的影响。委托合同无效或者被撤销，不影响代理权授权行为的效力，代理人行使代理权已经产生的法律效果也不受任何影响。这就是授权行为无因性。至于它是否会保护恶意相对人，应具体分析：如相对人明知基础法律关系无效或者被撤销，仍与代理人为代理行为，因授权行为未被被代理人撤销，应认定被代理人仍有让代理权继续存在的意思，故相对人并不构成任何恶意。又如授权行为因违法（授权内容及代理事项具有不法性）无效时，无论相对人为恶意或善意，由于代理权自始不发生，也不会保护恶意相对人。[60]

一是主张用表见代理制度取代授权行为的无因性。理由是：授权行为无因性理论仅切断了基础法律关系效力对授权行为效力的影响，不能识别不同类型的相对人，无法排除对恶意及有过失的相对人的保护，容易导致价值偏离。表见代理制度则以代理权外观的存在为起点，以相对人信赖合理性、被代理人归责性的判断为主轴，为代理领域相对人合理信赖的保护提供了统一的处理方式。因此，应当放弃授权行为无因性理论，采授权行为有因构造，同时配以表见代理制度，将代理领域中相对人合理信赖保护问题，全部交由表见代理制度解决。[61]

二　单一要件与双重要件

（一）单一要件与双重要件的争议

对表见代理的构成要件，民法学界自20世纪80年代后期开始，就存在单一要件说与双重要件说的对立。单一要件说认为，表见代理的成立只要求相对人无过失地信赖代理人享有代理权，不要求被代理人有过失；双重要件说则认为，构成表见代理，在要求相对人无过失地信赖代理人享有代理权之外，还需被代理人对代理权外观的形成具有过失或“本人与因”。[62]　它要求被代理人的某种行为与代理权外观之间具有联系，或代理权的外部表象是因被代理人的行为所引起。它主

要强调当事人一方以应归责于他的方式引发了表象事实，或者他具有消除表象事实的能力但未消除已产生的表象事实。[63]

1.单一要件说

单一要件说不考虑被代理人对代理权外观形成的可归责性。极端观点甚至认为，“无权代理人持有被代理人的授权委托书，不论这一证书的来源如何，皆足以使相对人相信其拥有代理权”[64] 。该说的理由主要为：

（1）双重要件说不利于保护相对人的利益。被代理人与因必然减少表见代理制度的成立，甚至使该制度的目的落空，不利于保护具有合理信赖的相对人。[65] 更有学者指出，唯有被代理人与相对人均无过错时，静的安全与交易安全的冲突才白热化，没有任何折中之道。否认被代理人无过失时成立表见代理，必将极大缩小其适用范围，削弱其保护交易安全的功能，从而导致整个社会交易秩序震荡。单一要件说不违反公平原则，因为此时牺牲任何一方都会出现形式上的不公平，牺牲静的安全以保护交易安全，更有利于实现社会效益与秩序。故现代民商法出于对交易安全的尊重和社会本位的法理念，对被代理人与因出现了弱化的趋势。[66]

（2）被代理人过错认定困难，而且导致对相对人和本人采用不同的标准。被代理人过失不能完全适当地说明被代理人在表见代理发生时所处的特定情势。由于合伙关系、夫妻关系而发生的表见代理，就很难认定被代理人存在何种严格意义上的过错。此外，被代理人过错多表现为消极的不作为，司法操作上判断此种过错多有困难。采“双重要件说”，既要确认相对人的无过错，又要确认被代理人的过错，无疑将导致确认表见代理的双重标准。[67]

（3）无权代理人不会因为表见代理而免责。表见代理制度的功能首先是分配无权代理的行为风险，但绝不免除无权代理人的故意责任或过失责任。被代理人因承担表见代理成立而受有损失的，有权向无权代理人追偿。[68] 这也表明，法律已通过无权代理制度保护了相对人，单一要件说不会对相对人造成损失。

若不要求被代理人与因，必然涉及被代理人利益如何保护的问题。为被代理人设置较高的注意标准，使其难以免除表见代理责任就成立一种替代性思路。如有学者建议通过区分主体身份来具体判断被代理人的过错状态，如对商事主体注意义务的要求应高于民事主体。[69] 反对者则认为，民事主体注意标准的设定，除非在特殊情形，应有一定的社会普遍性，不能因人而异。而且，对被代理人与相对人注意标准设置不同的标准，理由也不充分。[70]

2.双重要件说

双重要件说的论证理由，主要是批判单一要件说在实践中可能造成的弊端，即双方利益失衡，对交易秩序造成不利影响。如有学者指出，单一说忽视了被代理人的利益，即使“祸从天降”，被代理人仍无法直接从法律上获得必要救济：诉讼中，被代理人完全不能基于其自身所处情势提出任何抗辩，只能被动地攻击主张表见代理的相对人所持理由的正当性。相对人在主张表见代理时却有极大的选择余地，对被代理人明显不利。[71] 此外，还可诉诸“无归责性者不承担不利益之原则”。表见代理若构成，被代理人将受到其意思之外的因素约束，对被代理人就意味着不利，故表见代理当然需要被代理人一侧的归责事由的支持。表见代理领域中，数项归责原理所确立的归责事由，均可以令被代理人责任正当化。确立被代理人归责性的要件地位，将使归责性程度与信赖合理性程度的比较权衡成为可能，而这样的比较权衡正是表见代理领域中决定法律效果的真正基础。[72] 或将单一要件说的弊端总结为三方面：①对被代理人利益保护不力。②陷入效率优于公平的观念误区。③引发不良社会效应。在被代理人毫无可归责性的情形，要求被代理人承担责任，是凭空设定责任主体，这种制度设计鼓励私刻公章、伪造介绍信等不法行为，易酿成交易秩序混乱的后果。[73]

依双重要件说，相对人应证明“被代理人具有主观过失”，这增加了相对人的举证责任。有学者认为，这种举证责任分配仍在公平合理的范围内。首先，表见代理直接牺牲被代理人的利益而保护相对人利益，故相对人证明被代理人与行为人有特殊关系、证明被代理人未尽通知和审慎的义务，并无不公。其次，相对人证明被代理人主观过失的难度并不大，因为相对人的注意义务与被代理人的过失是一体两面。[74]

也有学者指出，传统的“单一要件说”的缺陷在于没区分“代理权外观”和“合理信赖”，因此不能合理解释“盗窃公章”等问题。代理权外观仅仅表明了代理权存在的可能性，但相对人负有核实代理权外观真实性的义务，否则，其信赖就不合理。只有代理权外观之外的其他客观环境，才能赋予相对人未经核实的信赖。“合理信赖”的要求有二：第一，相对人为善意（推定的善意）。第二，存在其他的客观环境（如长期代理关系），免除了相对人的核实义务。哪些客观环境可以成立合理信赖，属法官自由裁量权的范畴。[75]

顺便指出，善意取得制度也存在类似问题。有学者指出，《物权法》未就动产物权善意取得与不动产物权善意取得作出区别规定，也没有明文排除冒名处分他人不动产时适用善意取得。善意取得的立法

理由和理论依据是维护公示公信度、维护交易安全，法律为平衡当事人的利益，为协调财产静的安全与动的安全，并没有在一切交易领域均赋予善意相对人以权利虚像作为权利实像之后果。不动产登记公信力不能被简单地演绎为善意保护、权利外观或信赖保护的一般规则。非法合同和交易，不适用善意取得。[76]

最高法院《关于当前形势下审理民商事合同纠纷案件若干问题的指导意见》（法发〔2009〕40号）第13、14条明确规定，表见代理制度不仅代理权的表象，而且要求“相对人在主观上善意且无过失地相信行为人有代理权”。倾向于双重要件说。

（二）《合同法》第49条解释论

《合同法》第49条对表见代理的构成只规定“相对人有理由相信行为人有代理权”，从文义角度看，《合同法》并没有排除被代理人与因要件。[77] 还有学者从体系角度，论证了被代理人过错的要件地位。《合同法》第48条规定“善意”相对人在被代理人追认之前享有撤销权，意味着相对人善意也不一定构成表见代理，这只能发生在被代理人对无权代理人的代理权外观形成无过错的情形。从《合同法》第48、49两条联合推论，即便相对人善意，也不一定构成表见代理，这只能发生在被代理人对无权代理人的代理权外观形成无过错时。从《合同法》第48、49条联合推论，可以发现，《合同法》认为表见代理应以被代理人有过错为构成要件。[78]

《合同法》第49条虽没有提及被代理人归责性，但有学者指出，从文义、历史、比较法的角度看，均可以确定被代理人归责性的要件地位。“行为人没有代理权”需缩限解释为授权表示型的代理权欠缺具体类型为：授权表示型、权限逾越型、权限延续型，这三种类型均隐含了被代理人的归责性。表见代理制度透过类推技术进行扩张适用时，当然也应坚持被代理人具有归责性之要求。此外，解释结论妥当性要求与客观目的论标准，也要求表见代理的构成需要被代理人具有归责性。[79]

有学者认为，《合同法》关于表见代理的构成采用的是法国法模式下的“双重要件”，即须同时具备两个要件：其一，存在代理权外观；其二，善意相对人的信赖为合理。在“相对人有理由相信行为人有代理权”的表述中，“行为人有代理权”指的就是“代理权外观”，而“有理由相信”则是指的“合理信赖”。[80]

（三）双要件的重构

1.风险原则论

有学者建议，以风险原则为基础构造表见代理的特别构成要件，不必以被代理人有过错作为构成要件，只要代理权表象是由其风险范围内的因素造成即可。从利益—价值衡量的角度看，无权代理存在被代理人的自由与相对人的信赖保护两种价值的冲突。权衡之下，自由在法价值体系中处于更为重要的位置。无权代理情形中，应当考察如下因素以决定是否由被代理人承担代理权表象的风险。其一，被代理人是否制造了不必要的风险；其二，被代理人与相对人相比较，谁更容易控制产生代理权表象的风险；其三，由哪一方承担风险更符合公平原则。由于无权代理情形中的权利表象通常弱于无权处分情形中的权利表象，所以相对人的信赖需要更强的主观因素（即无过失）予以正当化。故，善意取得应以受让人不具备重过失为主观要件，而表见代理应该以相对人不具备轻过失为主观要件。[81]

2.客观关联论

有论者认为，不应以被代理人的过错作为表见代理的构成要件，但表见代理的成立仍应当以代理权外观的形成与被代理人具有关联性为要件，即要求代理权外观是因为被代理人的某种行为（不论是否有过错）引起的。[82] 或认为，未来民法典在设计表见代理制度时，应纳入被代理人客观与因行为要件，确立客观与因判断标准，即权利外观的形成与被代理人客观与因行为之间有客观关联。具体条文设计如下：“行为人为无权代理行为时，因被代理人客观与因行为导致权利外观产生的，该代理行为直接对被代理人发生效力。有下列情形之一的，构成前款所称的权利外观：（一）有授权行为，但该授权行为不成立、未生效、被撤销、被撤回或限制、消灭的；（二）被代理人知道他人以被代理人名义实施民事行为而不作否认表示的。但相对人明知或应知行为人欠缺代理权或者被代理人有证据证明自己没有客观与因行为的除外。”[83] 或认为，表见代理应以权利外观的形成与被代理人的行为之间存在确定客观关联为认定标准，被代理人可归责性的行为样态归纳为：①做成与真实权利不符的授权委托书。②向相对人作出授权表示但授权行为并未发生，或者事后撤销或对其权限予以限缩，却未能以适当的方式通知相对人。③特定的沉默。④赋予特定的职务或特定身份。⑤允许他人以自己的名义行事。[84]

三　表见代理的法律效力

（一）相对人的选择权

在无权处分与表见代理中，相对人完全可能反悔。如相对人作为买方时，在合同订立后认为出价过高，或标的物价格下降时，很可能

不主张合同有效，而希望撤销合同，由无权处分人或表见代理人承担信赖利益损害赔偿责任。此时相对人能否选择，学界观点不同。

1.肯定说

肯定说为学界通说，主张在表见代理中，善意相对人有权选择适用表见代理制度或狭义无权代理，即选择适用《合同法》第48条或第49条。[85] 相对人主张无权代理时，表明其放弃自己应受保护的利益，或认为表见代理成立后对其不利，被代理人不得主动对相对人承担表见代理责任，只能依第48条予以追认，相对人可以在被代理人追认之前先行予以撤销。[86]

肯定说的主要理由是：在表见代理场合，善意相对人原本认为代理人是经过授权的，这也意味着善意相对人认为被代理人是乐意与自己发生法律关系的，代理订立的合同要按其本旨履行，必须依赖于被代理人的履约态度与意愿，尤其是当合同义务需被代理人特别的技术与心理支持且义务具有继续性时。若被代理人对表见代理人为自己设定的义务非常不满且强烈排斥时，主张履行该代理行为对善意相对人反而不利。赋予相对人以选择权，有利于相对人及时从与被代理人之间的法律关系中解脱出来，及时订立新的契约以防止机会成本的扩大。[87]

2.否定说

否定说认为，在表见代理中，相对人信赖行为人有代理权，若其重视被代理人的资质，则让被代理人对他承担责任，保护已甚为充分。若再许可相对人的选择无权代理并撤回其行为，则有违禁反言原则。此外，对相对人而言，对那些无论被代理人是谁，其行为都具有同样意义的行为，相对人撤回权的行使“势必会成为逃避责任、损害被代理人之利器”[88] 。亦有学者强调，表见代理订立的合同是“强制有效”的。因为在表见代理中，法律保护的是信赖，而不是产生信赖的主体，且对这个主体信赖的保护，从来就应不是任其随心所欲的。相对人基于信赖订立合同后，交易关系就“凝定”了，发生法律效力。这完全符合信赖人的预期。[89] 或强调表见代理是有权代理，其法律后果就只有一个：代理行为有效，相对人应当为自己的决定自觉地承担责任。选择权肯定说客观上符合相对人的经济利益，但却把他从意思自治的民事主体当中抽离出来，违反了自己决定、自己负责的自治要求。[90]

（二）表见代理人的实际履行权

肯定说既然认为相对人可选择无权代理与表见代理的法律效果，那么，如果他主张无权代理，且最终也发生了无权代理效力的，在他

要求表见代理人承担损害赔偿责任时，代理人能否以实际履行来替代损害赔偿？有学者认为，表见代理人能否实际履行首先取决于契约债务的性质，专属性、人身性债务当然无法替代履行，其他债务可由表见代理人实际履行。主要理由是：①表见代理人实际履行，并不损害相对人的权益；②可以防止相对人获得比实际履行更大的利益；③允许表见代理人实际履行，给予其选择的自由符合法的价值追求。[91]

四　评论

表见代理制度是我国民法学理论研究较多的制度，学界通常将其置于民法总论的代理部分讨论。鉴于近年来合同法学界对信赖责任极其重视，本书亦将这部分纳入。表见代理的未尽问题尚有如下：

1.授权行为无因性与表见代理

在德国法上，表见代理与授权行为无因性并存，共同保护善意相对人。我国现行法并没有明确规定授权行为的无因性，故对善意相对人的保护主要由表见代理制度完成。

与物权行为无因性类似，授权行为的无因性也体现在两个层次：一是内在无因性，即授予代理权的行为是中性的，不存在违法问题，也不受公序良俗原则评价；二是外在无因性，即授予行为与其基础行为即委托行为的效力完全切割。与物权行为无因性一样，授权行为无因性也可能存在对恶意和有过失相对人的过度保护，但这种情形已如前述学者的分析，甚为罕见。

授权行为无因性与表见代理能否彼此代替，取决于两者的作用领域是否一致或高度重合。两者应当是泾渭分明的：①前者适用于已授予代理权的情形，包括向被代理人授予了代理权，或向第三人表示了其授予了代理权。若本人嗣后撤销了代理权但没通知第三人或收回授权证书的，或通知了第三人其授权给代理人但嗣后并没授权的，或基础行为无效、被撤销的，代理人的代理权均不受影响，其行为构成有权代理。②后者则适用于没有授权的情形，如代理权终止后的行为等。

2.表见代理中的“本人与因”要件

表见代理构成中的“本人与因”之争，实际上可以概括为信赖与过错的关系问题，具体而言，即被代理人的可归责性或过错，是否可以纳入相对人的信赖要件中？通常，对本人无过错造成的代理权的虚假外观，相对人不应信赖。故有学者指出，表见代理是超越了“过错”追

问的制度，应从以代理权为视角转向以被代理人行为为视角，从而将被代理人过错是否构成表见代理要件的争论应转到表见代理法定类型的完善上。[92] 但是，主张被代理人可归责性或过错全部可纳入相对人的信赖要件，似乎需要更大的学术勇气。毕竟被代理人的过错是主观的，无法绝对客观化。此外，过错还有程度差异。

“本人与因”要件与要求相对人的信赖无过错，两者在举证责任上应有差异。如法律明定“本人与因”要件，则被代理人在主张免责时，应证明自己对权利外观的形成没有过错；而相对人则只需要证明自己形成了合理信赖，无须证明被代理人有无过错。

“本人与因”要件在实践中争议最大的案型是：行为人盗用、冒用公章与相对人为交易时是否构成表见代理。需要注意的是，此时除了“本人与因”要件之外，还应考虑的问题是，行为人在与相对人交易时，根本没有为被代理人代理的意思，此时是否构成代理都成问题，遑论表见代理。

第三节　无权处分

一　“处分”与“无权处分”的界定

《合同法》第51条规定，“无处分权的人处分他人财产，经权利人追认或者无处分权的人订立合同后取得处分权的，该合同有效”。本条规定的无权处分行为，是《合同法》颁行后争议最激烈的问题。

（一）“处分”的界定

《合同法》第51条中的“处分”限于法律上的处分，不包括事实上的处分，殆无疑义。法律上的处分也有广义与狭义之分，前者包括负担行为（债权行为）与处分行为（移转或设定物权的行为和准物权行为），后者仅指处分行为。[93] 国内学界讨论无权处分时，多采狭义。

学界对无权处分的讨论几乎限于买卖。对如下两种行为是否构成无权处分存有争议。

一是私卖共有物。否定说认为出卖人是共有人之一，故不属无权处分，买卖合同有效；[94] 肯定说认为，在擅自处分共有物的场合，共有人虽为财产所有人之一，但对共有财产的处分须经全体共有人同意，应当属于无权处分。[95]

二是无权出租。肯定说主张，我国民法上的“处分”不仅直接引起物权与债权的变动的行为，也包括物的占有、使用移转的行为，故无权出租为无权处分。[96] 直接否定无权出租不构成无权处分的见解鲜见，但坚持狭义处分概念，必然因无权出租并不导致物权变动而否认其构成无权处分。《关于审理城镇房屋租赁合同纠纷案件具体应用法律若干问题的解释》第15条规定：“承租人经出租人同意将租赁房屋转租给第三人时，转租期限超过承租人剩余租赁期限的，人民法院应当认定超过部分的约定无效，但出租人与承租人另有约定的除外。”它基本上以《合同法》第51条为蓝本，确认了无权出租也构成无权处分。

（二）“无权处分”的界定

无权处分是指行为人没有处分权，而以自己的名义实施的处分行为。《合同法》第51条，即为无权处分的规定。学界对此几乎没有争议。但有学者认为，在我国债权形式主义的物权变动模式下，实际上不存在无权处分行为。因为既然负担行为的作用仅在于完成对债权或其他请求权的设定，并不针对既存权利发生实际处分效果，也就不存在发生无权处分的可能，无权处分仅适用于处分行为。在我国，除当事人约定外，买卖合同本身不能产生处分权利的效果，物权变动是由交付、登记等行为实现的，后者并不是独立于买卖合同的法律行为，而是履行给付义务的事实行为，因此不存在效力待定的问题。可见，我国法上不存在所谓的“无权处分行为”[97] 。

二　无权处分合同的效力

《合同法》第51条同时采用了“处分”与“合同”两个术语，而“处分”完全可能是指处分行为，“合同”也可专指债权合同。这就引发了基于无权处分订立的合同的效力之争，可概括为效力待定说与生效说之争。因学界讨论多以买卖合同为例，本书从之。

（一）买卖合同效力待定说

该说认为，因无权处分订立的买卖合同在权利人追认和处分人事后取得权利之前，其效力待定。若权利人拒绝追认和处分人事后未取得权利的，买卖合同无效。该说赞成《合同法》第51条的规定，认为无须作限制解释或进行改动。这是目前学界的有力说。其理由可以总结如下：

1.《合同法》的体系解释

首先，《合同法》第132条明确要求，出卖人对出卖的标的物享有所有权或处分权。依据对该条的反对解释，无权处分的买卖合同无效。《合同法》第51条规定处分权限是影响买卖合同等法律行为效力的要件，故处分权是买卖合同的生效条件，欠缺处分权则买卖合同等法律行为效力待定。[98]　　其次，民法总则关于法律行为的标的须可能、确定、合法的要求，并未将债权行为排除在外。其中，自始主观不能是指债务人欠缺必要的劳力、能力、处分权及支付能力，致不能给付。可见，无权处分构成主观不能。[99]

需要说明的是，《合同法》颁行之前，我国有观点就认为无权处分的合同无效。此后，亦有学者指出，无权处分合同无效，《合同法》本没有必要专设规定，但是，“考虑到经济生活本身的复杂性，虽然属于无权处分行为，如果权利人追认或者处分人事后取得处分权，没有理由强使其无效”[100]　。故《合同法》第51条规定买卖合同效力待定。

2.物权变动的原因与结果

效力待定说认为，《合同法》将买卖合同规定为效力待定的核心理由是：我国未采纳物权行为理论，买卖合同包含了当事人物权变动的效果意思，买卖合同效力也包括了标的物所有权移转。我国法上的买卖合同包括了德国法上的负担行为与处分行为，处分行为被纳入买卖合同中。买卖合同的履行是买卖合同效力的体现，故履行是事实行为，是买卖合同产生的请求权实现的结果。德国法处分行为中对处分人享有处分权的要求，在我国法上就成了对出卖人订立买卖合同时的要求。[101]

买卖合同生效说认为，买卖合同若以出卖人有处分权为要件，将导致未来物等买卖合同无效。针对这种观点，效力待定说认为，处分权宜理解为“处分能力”，即基于对出卖人一般财产能力进行判断，而不必就特定标的物享有具体权能。它作为权利人处置财产的能力或资格，在特定物买卖场合表现为处分该物的具体权能，同时表现为处分能力；在种类物、未来物的买卖场合，履行合同时体现为财产处分的具体权能，合同订立时表现为出卖人对其一般财产具有处分能力。故并不存在生效说所称的逻辑矛盾。[102]

3.利益衡量

毫无疑问，《合同法》第51条的出发点是保障财产真实权利人的利益。它将无权处分行为规定为效力待定，限制了无权处分情形的物权变动，从而最大限度地保护真正权利人的利益。[103]　此外，它还赋予权利人选择权，权利人可以根据自身利益选择是否予以追认。效力

待定说认为，权利人拒绝追认的，买卖合同无效，当事人不承担违约责任，无权处分人对权利人承担侵权责任或返还不当得利的责任。买受人是否受保护，取决于其为善意还是恶意。善意的买受人可视情形构成善意取得；恶意的买受人则无保护的必要，此时买受人虽未实际获得财产，但因合同在履行之前已被宣告无效，通常未遭受较大的损失，因此难谓不公平。[104]

生效说认为，效力待定说会损害买受人利益、戕害私法自治并有悖鼓励交易。针对这一观点，反对说认为，合同目的可以分为第一性目的和第二性目的，前者是指当事人订立合同欲实现的目的，后者是合同关系的转化形态，即损害赔偿或支付违约金等。在很多场合，选择第二性目的会遭受较大损失，因损害赔偿及其范围受法律限制较多，守约方难以通过损害赔偿获得合同正常履行的利益。鼓励交易的真意是指鼓励实现第一性目的的交易，而非鼓励违约赔偿，否则经济乃至社会就是病态的。在出卖人等无处分权，自始不能履行时，一定令买卖等合同有效，为的是等债务人不能履行时追究其违约责任，曲解了鼓励交易原则的真意，其正义性大打折扣。[105]

《合同法司法解释二》第15条有关一物二卖的规定，确认了各买卖合同均有效。有学者认为，它实际上修改了《合同法》第51条，忽视了无权处分同时构成可撤销行为、其他效力待定行为的情形。整体而言，其利在于保护了善意受让人，弊在保护了恶意受让人。[106]

（二）买卖合同生效说（处分行为效力待定说）

《合同法》颁行后，大多数研究者持买卖合同生效说，认为第51条中的“合同”，仅指处分行为（物权合同），其效力待定，而买卖合同本身不因欠缺处分权而无效。

1.《合同法》体系解释

（1）《合同法》第132条第1款并非强制性规定，而是倡导性规定。理由为：有关出卖人资格的要求“于国家利益、社会公共利益并无大碍”，国家没有必要干预；该条并未规定当事人之间的利益关系，根本就不是裁判规范，没有可能适用。故不能依第52条第5项认定其为违法的无效合同。[107]

（2）待定说会导致第51条与第150条（权利瑕疵担保责任）矛盾。若行为人无权处分，权利人又未追认，则合同无效；而《合同法》第150条规定的出卖人义务以合同成立且有效为前提，无权处分又是《合同法》第150条的规范对象，故待定说会造成两者的矛盾或冲突。[108]

（3）待定说违反了合同相对性原则。无权处分人以自己名义实施了处分行为，权利人的追认并不能使其成为合同当事人。但待定说使买卖合同的效力依附于权利人的追认，将合同的效力系于第三人，显然有悖于合同相对性，也妨害了交易安全。[109]

买卖合同的生效无须出卖人有处分权，处分权只是物权变动的要件。[110] 若将处分权作为买卖合同的要件，难以解释未来物买卖合同的效力。针对将处分权解释为“处分能力”的观点，批评意见认为，其扩大买卖合同有效范围的目的虽有道理，但改变了处分权的固有民法含义，且以出卖人一般财产能力为标准难以操作，最终会导致只有在自始客观不能时，出卖人才没有处分能力。但此时传统民法理论将其认定为无效而非效力待定。[111] 在《物权法》通过后，有学者认为，虽然《合同法》第51条明确规定无权处分的合同为效力待定合同，但《物权法》第15条将处分权作为物权变动的生效要件而非合同效力的生效要件，依新法优先旧法原则，买卖合同应为有效合同。[112]

（4）《合同法》并没有规定合同自始履行不能无效。履行不能可以涵盖无权处分，而且较无权处分对合同履行的障碍更巨。既然履行不能都不影响合同效力，无权处分也没有理由对合同效力产生影响。[113]

2.物权变动的原因与结果

生效说最核心的前提是将买卖合同细分为两个环节：合同成立与合同履行。买卖合同仅产生债权债务关系，不能直接导致标的物所有权的变动；所有权变动在合同履行环节才产生。

不少青年学者接受了德国法上负担行为与处分行为的二分法，认为买卖合同只是产生请求权，所有权的转移需通过独立的物权行为完成。处分权是处分行为的要件而非买卖合同的要件，无权处分订立的买卖合同有效，这与有权处分并无区别，出卖人不能履行合同义务的，应承担违约责任。[114] 针对中国法不承认处分行为的现实，有学者指出，鉴于意思表示内容的复杂性及法律行为解释的多种可能性，将“处分行为”与“负担行为”作为分析范畴接受是可行的，《合同法》第51条中的“合同”在解释上可以进一步细分。如不愿意接受处分行为与负担行为用语，也可转换成“引发物权变动的效果意思”与“发生债权债务的效果意思”。出卖他人之物不获追认或嗣后未取得处分权的，“引发物权变动的效果意思”部分不发生相应的效力，而“发生债权债务的效果意思”依然发生其效力。[115]

值得重视的是，一些学者认为，无权处分中买卖合同的效力与是否承认处分行为没有必然联系，即使不承认处分行为，无权处分的买

卖合同也可以规定为生效，而非效力待定。我国采用的债权形式主义的物权变动模式，以发生物权变动为目的的债权合同，与物权变动的法律效果本身是两个既关联又独立的法律事实。从逻辑关系上看，债权合同生效后，才发生合同的履行，也才可能发生物权变动。作为无权处分行为的债权合同，其效力应独立于物权变动的法律效果。[116] 无权处分人有无处分权及原权利人是否追认只是债的履行问题，完全没有必要把无权处分行为中的履行行为拟制为物权行为，但买卖合同不受处分人的处分权影响，是生效合同。[117] 或认为，买卖合同含有两个效果意思，将其分解为两个行为未必合理，但完全没有必要将二者的效力绑在一起。效力待定说同时否定了两个效果意思（物权与债权），反映了“法技术的欠精细，所践行的私法自治也有失寸”。[118]

3.利益衡量

诸多论者都指出，效力待定论认为，在权利人不追认买卖合同，出卖人也没有取得处分权时，买卖合同无效，这无疑扩大了无效合同的范围，不仅有损合同自由，而且有悖合同法鼓励交易的宗旨。[119]

对出卖人、买受人与权利人的三方利益关系，研究重点是效力待定说对买受人的保护。依效力待定说，买受人当然无法追究出卖人承担违约责任，而只可能请求对方承担缔约过失责任，其所得到保护的只是信赖利益的损失，而不是履行利益的损失。另外，效力待定说与生效说对权利人的保护程度并没有太大差别：依效力待定说，权利人若认为物权处分不符合其利益的，可不追认，买卖合同归于无效，对其利益没有影响；依据生效说，买卖合同虽然有效，但权利人的利益通过对物权变动效果意思的控制得到保护。既然他人负担何种义务与权利人无关，为何要否定负担债权债务之效果意思的效力？[120]

（三）《合同法》第51条的完善：解释论与立法论

为克服《合同法》第51条的弊端，在解释论与立法论两方面，学界都进行深入探析。

在解释论上，有学者指出，无权处分合同的构成仅限于考察合同成立之时出卖人是否对标的物有处分权。如果合同成立后，出卖人丧失了处分权，效力不受《合同法》第51条的影响；此外，第51条应仅适用于以特定物或其他财产权利为标的的买卖合同，不适用于种类物买卖合同。更全面的解决方案是，若相对人在合同成立时是善意的，则不适用第51条，合同有效。[121] 或者将无权处分合同解释为与权利变动相关的物权合同，由此，《合同法》第51条中的“无权处分合同”就只能是无须履行而直接发生权利变动效果的合同，具体类型极其有限，主要为一般动产抵押合同与质押合同。[122] 或认为，只有在

当事人特别约定将买卖合同的效力与物权变动的法律效果相联系，物权变动的法律效果直接决定合同效力的场合，才能适用《合同法》第51条，即债权合同因行为人无权处分标的物而效力待定。[123]

在立法论上，有学者建议，若不采取物权行为理论，又要达到该种物权变动模式下无权处分行为规制效果，可以在有关物权变动部分设置专门条文规定：无处分权实施的物权变动无效，但处分人事后取得处分权或者权利人追认的除外。[124] 也有学者建议未来民法典规定："无处分权的人处分他人财产，并不影响债权合同的效力。经所有人追认或事后由无处分权人通过合同或其他方法合法取得对标的物的处分权的，发生物权变动效力。原所有人拒绝追认的或无权处分人事后也不能取得处分权的，不发生物权变动效力，但这并不妨碍相对人依善意取得制度而取得物权。"[125] 或将《合同法》第51条修改为："无处分权人处分他人财产，经权利人追认、无处分权人事后取得处分权或者第三人为善意时，合同有效。"[126] 更有学者建议，第51条规定应予废弃，立法时应直接规定"转让合同有效"[127] 。

《买卖合同司法解释》第3条明确规定，以出卖人在缔约时对标的物没有所有权或者处分权为由主张合同无效的，法院不予支持。出卖人因未取得所有权或者处分权致使标的物所有权不能转移，买受人要求出卖人承担违约责任或者要求解除合同并主张损害赔偿的，人民法院应予支持。它明确承认了买卖合同有效说。

三　无权处分与权利瑕疵担保责任、善意取得

（一）无权处分与权利瑕疵担保责任

《合同法》第150条规定："出卖人就交付的标的物，负有保证第三人不得向买受人主张任何权利的义务，但法律另有规定的除外。"在无权处分中，权利人若不追认，受让人也未取得处分权，能否适用权利瑕疵担保制度？这本是买卖合同有效说与效力待定说争议的问题，但鉴于其重要性，本书将其单列。

如前所述，买卖合同有效说认为，权利瑕疵担保责任前提是买卖合同有效。若认为无效，则合同自始即不须履行，担保责任便无从产生，故《合同法》第51条与第150条存在矛盾。但有力说则认为不存在矛盾。其一，无权处分为第150条的但书"法律另有规定的除外"的情形，故不适用该条。出卖共有物、出卖抵押物、出卖租赁物均不适用第51条而应适用第150条。因为买受人为善意的，适用善意取得制度；恶意的，据第151条，也不享有权利瑕疵担保请求权。[128] 其

二，出卖人不是依据第150条规定的瑕疵担保义务向善意的买受人承担违约责任，而是依据第42条承担缔约过失责任。[129] 其三，第150条为特别法，第51条为普通法，依据特别法优于普通法的规则，应适用第150条。[130]

（二）无权处分与善意取得

就《合同法》第51条的无权处分与《物权法》第106条的善意取得制度的关系，争议的焦点主要在于：善意取得是否会使买卖合同绝对生效？或者说，善意取得是否以买卖合同有效为前提？

1.买卖合同无效说

该说认为，如果转让合同有效，则受让人基于有效的转让合同当然取得标的物所有权，没有适用善意取得制度的必要。民法创设善意取得制度和不动产登记的公信力制度的立法目的，正是针对无权处分合同无效，而强行使善意第三人原始取得动产的所有权。[131] 或从善意取得的原始取得性质出发，认为无论买卖等合同是否有效，善意受让人均能取得标的物的所有权，阻断所有权的追及效力，因此，善意取得不以买卖等合同有效为前提。[132]

2.买卖合同生效说

生效说认为，在善意取得情形，基于无权处分订立的买卖合同有效。[133] 如认为，从《物权法》第106条可以解释出“转让合同除了无权处分外并无其他瑕疵”，故买卖合同应有效。[134]

依买卖合同生效说，善意取得仅与物权变动有关而与买卖合同无关，买卖合同不因处分权欠缺而有瑕疵。如此，善意取得的权利变动效果，就与买卖合同作为权利变动的原因一致，从而消除了债权行为无效与善意取得发生权利变动效果之间的逻辑冲突。[135] 或明确指出，在善意取得时，“转让合同有效”指的是该合同在当事人间发生债权债务关系的效力，而非指该合同直接产生所有权转移的物权效力。正因为转让合同仅具有债权效力，处分人在缺乏处分权时，即使出让人为履行合同而将标的物交付给受让人，后者仍不能因交付的效果而取得所有权，也才有善意取得条款适用的余地。[136]

持买卖合同生效说的学者还将善意取得作为买卖合同效力待定说的软肋。因为在逻辑上，善意取得只有在合同不生效的情况下才能发生，合同生效情形必然不发生善意取得。[137] 《合同法》第51条与善意取得制度在理论上是无法并存的；认为二者可以并存的观点显然忽视了合同无效与善意取得截然不同的法律后果：前者发生返还财产的民事责任，后者则发生善意受让人取得所有权的法律效力，这种矛盾

并不能依规范竞合理论解决。[138]

还有学者细致分析了买卖合同无效导致的难题：如在善意取得他物权时，认定债权合同无效，如何确定第三人取得何种他物权？善意取得担保物权时，如合同不发生效力，如何确定所担保的是何债权及其数额？所以，善意第三人究竟可以取得何种权利，应以其负担行为有效为前提。[139] 此外，作为其基础的交易关系必然还需要涉及价金的支付、迟延给付、物的瑕疵担保、风险承担等诸多方面的问题，唯有承认转让合同的效力，才能将这些问题纳入《合同法》予以规范，以违约责任、瑕疵担保责任、合同解除权等规范来解决问题。[140] 或申论之：在构成善意取得时，第三人虽然取得了物权，但其利益还是可能没有完全实现。如处分人未按照约定时间交付标的物时，第三人无法请求处分人承担违约责任；在处分人交付的标的物存在未告知第三人的物的瑕疵时，第三人无法请求处分人承担物的瑕疵担保责任，等等。[141]

3.买卖合同与善意取得分别判断说

该说主张，无权处分合同的效力与买受人能否依照善意取得所有权，应分别判断。其依据是《物权法》第106条规定的善意取得的三个构成要件体现了德国法上“从无权利人处取得”或“物权行为中的抽象性原则”，债权合同有无效力不影响物权变动，也自然不影响善意取得的成立。[142] 或认为《物权法（草案）》第4稿明确将“转让合同有效”规定为善意取得的要件，但《物权法》第106条取消了这一要件，采取了无因性原则，故善意取得不受转让合同无效的影响。[143]

四　无权处分中的其他问题

（一）无权处分与欺诈、重大误解

1.无权处分与欺诈

无权处分人如果已将其无权处分的事实告知买受人，买受人依然愿意购买的，自然不值得法律特殊保护。但若无权处分人隐瞒了这一事实的，买受人是否可向出卖人主张欺诈？学界多持否定说。如认为，既然我国现行法要求出卖人对买卖物须有处分权，出卖人无处分权而不告知买受人的，构成欺诈。在无处分权构成欺诈且损害国家利益时，合同无效，当事人无权自由选择；未损害国家利益的，此类无权处分合同完全被因欺诈而成立的合同所涵盖，《合同法》第51条关于无权处分的规定属于第54条关于欺诈规定的特别法，应该优先适用。如果债权人对债务人无处分权知情，此类无权处分就不构成欺

诈，第51条与第54条之间就不存在特别法、普通法的关系。[144] 还有学者详述了无处分权人故意不告知的行为不构成欺诈的理由：受让人可以基于善意受到权利外观公信力的保护，达到其订立合同时意欲达到的法律效果；在合同履行前，受让人可基于合同目的无法实现解除合同。而且，无权处分合同的效力待定与因欺诈而撤销合同的法律效果不同，也不会导致法条之间的矛盾和冲突。[145]

2.无权处分与重大误解

无权处分制度是否可与重大误解竞合，学界讨论较少。一种观点认为，中国法上的“重大误解”包含了表意人的错误和相对人的误解两种情形。故，无权处分人误以为自己有处分权或者无权处分的相对人误以为无权处分人有处分权，可能同时构成重大误解。[146]

（二）追认及其法律效力

对所有权人的追认权，学界重点讨论两个问题：一是追认权的期限，二是追认后权利人在买卖合同中的法律地位。

1.追认权的期限

追认权是一种形成权，应在一定期限内行使。合同法没有明确规定其期限，也没规定受让人是否享有催告权与撤销权，为法律漏洞。[147] 若采效力待定说，这一漏洞将促使权利人选择最适当时机追认或拒绝追认，待价而沽，使风险与利益的分配极其不平衡，同时可能使法律关系长期处于悬而未决的状态，不符合市场经济的要求。[148]

2.权利人追认后的法律地位

权利人行使追认权后能否直接成为合同的当事人？多数学者持否定态度，认为权利人的追认仅使无权处分合同生效，并不导致合同主体变更的后果。追认作为一种单方法律行为，虽可以补正合同当事人的某些瑕疵，依合同的相对性原理，并不能改变合同当事人的地位。[149] 故有学者主张，追认并非对合同履行有法律意义的承诺，其实质意义值得怀疑。[150]

反对意见者认为，否定说对权利人和受让人均可能带来极为不利的后果。首先，在标的物交付之前，权利人可以在对受让人表示同意出卖的同时，又对处分人提出回复标的物的请求。其次，权利人追认后不能向受让人主张价款，只能受制于处分人。权利人的追认视为一种授权行为，可参照适用《合同法》第403条有关间接代理的规定。[151] 或认为，在权利人追认时，若其目的是使该合同对其发生效力，则应视权利人的意思（债务承担、合同承受抑或债务加入）而认定为合同主体发生变更，从而使权利人享有合同权利承担合同义务。[152]

甚至认为，权利人追认的效果应以权利人加入合同为原则，以权利人与无处分权人形成间接代理关系为例外。权利人的追认可能导致两种结果：其一，权利人有合同承受的意思表示。此时善意相对人有选择权，可以决定是否同意无处分权人退出合同关系，不同意的，权利人与无处分权人共同作为合同当事人。其二，权利人不加入合同，追认使权利人和无处分权人形成了事实上的间接代理关系，应按《合同法》第402、403条处理。[153]

五　评论

无权处分囊括了民法学众多难题，如处分行为与负担行为的区隔、履行不能、合同相对性等，可谓牵一发而动全身，向来被称为“法学上的精灵”，国内学界的讨论也相当深入。

1.所涉各方的利益状态

任何制度规则的设计都必须考虑双方当事人的利益状态，以求平衡交易双方的利益。在法教义学规则确立后，即可按照规则进行演绎，以回应社会新问题。无权处分规则也如此。

无权处分行为关涉所有人、无权处分人和买受人三方的利益。单从《合同法》出发而不考虑《物权法》上的善意取得规则，买卖合同的效力对所有人的利益没有任何影响，因为它并不会直接导致标的物所有权的移转。因此，重点是处分人与买受人之间的利益。《买卖合同司法解释》肯定了处分行为论者的观点，将无权处分的买卖合同认定为有效合同。这就意味着，无论权利人是否承认，买卖合同都成立。若处分人最终不能履行买卖合同的，承担违约责任。这符合市场交易对安全和效益的要求，也符合买受人的期待，尤其是在买受人对无权处分不知情时。若知情的，双方在买卖合同中完全可以约定不能移转所有权时的违约责任，或适用《合同法》第151条等（惟善意相对人得主张权利瑕疵责任），对双方都可谓公平。从这个角度看，认定买卖合同有效，与善意取得一样，都可以促使买受人放心与他人从事交易，而毋庸担心在买卖合同不能履行时无法得到赔偿或赔偿不足。但在买卖合同因权利人不追认或处分人没有取得所有权时，若认定买卖合同无效，买受人不能请求处分人承担违约责任，只能依据《合同法》第58条追究对方的缔约过失责任。

认定买卖合同的有效的理论依据有二：一是排除履行不能对买卖合同效力的影响，《合同法》事实上确认了这一点。二是区分物权行为与负担行为。物权行为的无因性与善意取得一样，可保障交易安

全，已为学界共识。另外，基于物权行为的独立性而认定买卖合同有效，虽然不能保障买受人取得所有权，但可以保障买受人的违约责任请求权，同样也保障了交易安全。由此可以也看出，物权行为独立性对保护交易安全也具有意义。

2.无权处分与欺诈、重大误解

无权处分行为也可能同时构成欺诈和重大误解。在法律适用上，无权处分是意思表示瑕疵规则的特例，应优先适用。换句话说，无权处分行为排斥欺诈、重大误解规则的适用。

买受人主张欺诈或重大误解撤销合同的情形，通常是买受人觉得自己在买卖合同中出价过高，或买卖标的物嗣后降价，而所有权人又追认了处分行为或处分人取得了所有权。此时若适用欺诈、重大误解规则，也背离了意思自治原则，因为买受人是基于自己的意志成立合同的。

第四节　违反强行法的合同

一　术语选择及认定标准

我国行政权素来强大，且巨细靡遗，行政与市场相互嵌入程度高，私主体对行政权力的依存度也高。《合同法》的最大贡献之一，就是间接限制了我国行政权对市场自治的不当干预。典型例子，即其第52条第5项将违法无效中的“法”限缩为“法律、行政法规的强制性规定”。学界有关本条规定的研究成果相当丰富，最高法院颁布的司法解释也多处涉及这一问题。

（一）术语选择

《合同法》第52条第5项采用的术语是“强制性规定”，与传统概念有别。诸多学者都认为它应为强行性规范（与任意性规范相对），包括强制性规范与禁止性规范。前者是法律规定必须为特定行为，不为则违法；后者是法律规定不能为特定行为，为则违法。[154]　两者的逻辑关联在于：所有强制性规范都隐含着一项禁止性规范，即禁止当事人约定排除该项强制性规范的适用，否则，约定绝对无效。[155]

学者对第52条第5项的研究多以禁止性规范（禁令）切入，以至于有学者认为，强制性规范本身不能对民事法律行为效力产生影响。《合同法》第52条第5项转介的只能是禁止性规范。因为除了强制缔

约之外，民法不能强制民事主体从事某种行为或者不行为。如果认为强行法包括强制性规范，因为强制性规范不存在效力性规范和管理性规范的区分，这就会导致法律适用不清，如难以判断违反法定书面形式规定的合同的效力，尤其是“应当”采用书面形式的规范意义。[156]

（二）认定标准

强行性规范与任意性规范的设定取决于立法者的意志，为期明确，它们往往会使用明显的模态语词，如“必须”多为强制性规范的标志，“禁止”多为禁止性规范的标志，“可以”为任意性规范的标志。[157] 存在问题的是“应当”与“不得”。有学者认为，“应当”更多具有非强制性的特征，[158] 在立法技术上，合同法大量规范都使用了“应当”一语，未妥当区分强制性规范和倡导性规范（提倡和诱导当事人采用特定行为模式）。如第132条第1款规定“出卖的标的物，应当属于出卖人所有或者出卖人有权处分”。究其实质，是提倡和诱导订立买卖合同的出卖人最好具备一定的资格要求，系倡导性规范，其中的“应当”是指“最好”。又如，第44条第2款规定“法律、行政法规规定应当办理批准、登记等手续生效的，依照其规定”，其中的“应当”却是指“必须”。[159]

合同法应如何配置强制性规范，自然取决于立法者所秉持的不同民法理念。有学者指出，“民法公法观”与“民法私法观”这两种不同理念指导下的强制性规范配置存有很大差异：前者的出发点是“纯粹管制”，民法几乎为强制性规范的集合体，强制性规范与任意性规范的配置几乎无从谈起。后者的出发点是“纯粹自治”，任意性规范占据了绝对的主导地位，少量的强制性规范不是源于国家对经济生活的干预，而是因为它们是交易或家庭生活的基本前提条件，民法基本不干涉当事人的私法行为和当事人的自治状态。但现代民法均兼顾自治与管制，为了实现自治与管制的双重目标，同时尽可能维持纯粹自治的民法传统，现代民事立法一般将自治交由作为“原则法”的民法典完成，管制任务则主要通过民事单行法来完成。[160]

二　《合同法》第52条第5项的规范性质

学界对《合同法》第52条第5项的规范性质达成的共识是：它是沟通公法强制与私法自治的管道（转介条款），即通过它在民法中引入公法强行法规范，作为对合同的效力评价依据。有观点认为，其用意主要是将民法之外的价值诉求导入民法。[161] 由此，民法中的强制性规范就分为两类：民法本身的强制性规范与公法上的强制性规范。如有学者将民法内设强制性规范分为两类：一是为私法行为设定最低

法律要求，二是铺设通往其他法律的管道。外设型强制性规范主要有三类：一是优先保护国家利益的规范，二是优先保护公共利益的规范，三是优先保护弱者利益的规范。[162]

转介条款同时也是授权条款，它本身并没有确定具体内容，其目的是授权法官决定违反强行法的合同是否应发生效力。但法官不能直接机械认定违反强行法的合同一概无效，而必须积极通过法律解释，对规范进行精细的价值补充，尽可能平衡公法的管制目的和私法的自治追求。[163] 若法官认定违反强行法的合同应无效的，该合同无效的原因并非系违反《合同法》第52条第5项，而是因为违反了具体的某个强制规范，[164] 既然单依第52条第5项无法判断合同效力，法院就应直接分析合同所违反的具体法律。[165] 上述观点基本是晚近研究的共识。

转介条款的目的是通过转介公法规范对合同的效力进行补充和限制，“其主要功能仍然是对行为人的自由进行克减”[166]。基于此，晚近有学者认为，《合同法》第52条第5项应被删除：首先，它是公法优位主义的产物。其次，它规定的转介条款已经在法律上得以体现。规制私法行为的权能规范本身不应成为直接判断合同无效的依据，作为合同无效判断标准的只能是作为公序良俗原则的行为规范。[167]

三　强行法的范围

（一）是否包括私法强行法？

《合同法》第52条第5项中的“法律、行政法规的强制性规定”，是限于公法强行法，还是也包括私法强行法？学界观点不一。

1.公法说

德国法理论区分权能规范（赋权规范）与权限规范（行为规范）。前者是私法中的确认权利义务形成与界限的规范，目的是为法律行为确立必要的标准，如对行为能力和处分权的要求、禁止双方代理等；后者则系公法规范与公序良俗原则。前者只提供自治的游戏规则，并不禁止或强制一定行为；后者限制自治的内容，为管制规范。[168] 承认这一区分导致的必然结果，首先是将违“法”理解为公法上的强行规范。其次是区分违反公法与私法强行规范的不同法律效力。违反私法强行规范的，其后果是“未生效”（Unwirksamkeit），违反公法强行规范的，为“无效”（Nichtigkeit）。两者最大的区别在于，前者仅涉及私主体之间的利益，适用“不告不理”原则，当事人不诉诸司法救济或违法瑕疵嗣后消除的，就可以认定为成立并生效，行政权不

可能主动介入；后者涉及公益，系绝对无效，当事人不可能使其有效，无论当事人是否请求司法救济，行政权都必然主动介入。这一区分可以解释诸多理论难题，如传统理论认为所有人均可主张其无效，依上述区分，对违反公法的行为，因其有损公益，所有人均可主张其无效；但违反民法的行为，仅利害关系人可主张无效。[169]

2.公法私法并存说

我国通说向来认为，违反强行法的“法”包括私法与公法。主要是：其一，公法说不符合中国法的实际情况。中国民法并未明确区分管制规范与自治规范，公法与私法杂糅现象突出，民法包含大量公法规则，如《物权法》、《公司法》存在诸多公法性规则，甚至存在大量规定了诸多行政责任的条款。[170] 也有学者指出，公法说误解了体系解释，体系解释所指向的法规体系并不是形式体系，而是实质体系。合同效力的有关规范可能既存在公法中，也存在私法中。[171] 其二，将民法内的强制规范和民法外的强制规范对应于“未生效力”和“无效”，没有现行法依据，对法官判定无效合同的指导意义极其有限。[172] 甚或认为，如果转介的仅仅是公法规范，反而不利于指导我国司法实践。因为我国的立法与司法长期奉行公法优位主义，行政法调整的乃是有关公共利益的行为，实践中法律行为的有关内容只要违反这些规定就有可能被确认为当然无效。这不仅不利于当事人利益的保护，而且也会损害交易安全。[173]

（二）是否应排除地方性法规与行政规章

《合同法》和《合同法司法解释一》排除了地方性法规、行政规章及其他规范性文件对合同效力的影响。这是基于我国行政权不当干预的现实而采取的实用主义做法，但与《立法法》存在冲突。如有学者指出，法律、行政法规不可能强制所有需要强制的事项，地方性法规、行政规章中的强制性规定也未必都背离正义与理性，根本否定地方性法规和行政规章的法源性，难以使私法审判担当起匡扶社会正义的使命。[174] 而且，从宪法视角看，社会秩序、国家利益及公共利益不可能只体现在法律和行政法规中，还可以体现在地方性法规和行政规章中。[175] 故，有学者明确指出，在两种情形，应依据上位法确定合同效力，同时参照地方性与行政规章：一是后者为上位法的具体化，二是后者有上位法的授权。[176]

四　公法强行法的分类：效力性规范与管理性规范

（一）区分的必要性

尽管《合同法》与司法解释从鼓励交易出发，都限制违法合同中“法”的范围，但与市场经济对契约自由的要求依然相距甚远。即使在市场经济成熟、管制规范较少的国家，也多限制强行法对合同效力的影响，将强行法分为效力性规范与取缔性规范。而中国可谓纯正的管制国家（regulatory state），自然更应缩减影响合同效力的强行法的范围。学界对公权力侵蚀私法自治素来深怀怵惕，故，在20世纪90年代，就有学者呼吁将禁止性规定区分为取缔性规定与狭义的禁止性规定。[177] 其出发点基本上是捍卫市场主体的自治，切入点通常为公法与私法的关系。

第二次世界大战后民法与宪法关系的变迁，在大陆法系引发了广泛讨论。这启发了学者从宪法高度分析强行法对合同效力的影响，即把合同自由问题和国家干预问题上升到宪法实施层面，认为影响合同效力的强行法需要接受“合宪性控制”，即通过宪法审查程序，评价限制合同自由的措施的“合宪性”。[178]

（二）区分的标准

私法强行法规范直接针对私法行为，违反它的合同，自然不发生当事人追求的法律效力，殆无疑义；公法强行法若明定了违法合同的效力，亦无争议。但基于公法与私法的划分，公法多涉及行政权，通常不涉及私法关系，适用于合同关系时，应经过司法评价。故，违反哪些公法强行法的合同无效，引发了热议。

最简单的思路是将强行法分为两种：影响合同效力的和不影响合同效力的强行法，并冠以不同的名称。《合同法司法解释二》第14条也采用了区分强行法性质的通行方法，将强行法区分为效力性规范（违反将导致合同无效）和管理性规范（违反不影响合同效力）。但有学者认为，它完全排除管理性强行法对合同效力的影响，“又走到了另外一个极端”，因为违反这类规范的合同也可能无效，如《建设工程施工合同司法解释》第1条第1项的规定。[179]

目前学界一致的共识是：提供一劳永逸的评判标准是不可能的。饶是如此，学界还是提出了各种方案，以裨益司法实践中法官对公法强行法进行目的解释。

较有代表性的观点是依强行法规范所涉及的利益为标准，即“直接维持或保护国家利益或社会公共利益”，为效力性规范；“直接维护特定的管理秩序，并不直接涉及国家利益或社会公共利益的维持或保护”，为管理性规范。但如下两种情形与违反强行法的合同的效力问题无关，不存在合同效力判断问题：一是当事人依特定交易取得了某

项权利，但其权利行使违反强行法。二是在履行合同义务时违反强行法的。[180] 如强行法规范既禁止特定的行为模式，也禁止特定的行为后果，合同应绝对无效；如仅仅禁止特定的行为模式，则应结合禁止性规范禁止的行为主体、客体与内容综合考虑。[181] 实务界人士还指出，若强行法的目的是实现国家管理，并非针对行为内容本身，则可认为系管理性强行法。此外，效力性强行法针对行为内容，而管理性强行法往往单纯限制主体的行为资格。[182] 也有学者更注重从部门公法的角度入手将违法无效予以类型化，认为违反下列三种部门公法的合同无效：宪法有关公民基本权利的规定；刑法；经济行政法的强制性规定，如金融法、税法、竞争法等。[183]

最为稳妥的说法，当然是综合考虑管制的各种因素或所关涉的各种价值。如指出了判断过程中涉及的各种价值，如公益、交易安全、当事人间的信义与公平等，并借鉴国外相关理论如总结日本理论的变迁，即渐次出现了“法规渊源区别说”、“综合判断说”、“履行阶段说”、“经济公序说”、“基本权保护义务说”，并表现为从“公法优先到公法、私法功能分离再到公法、私法功能协调的变化过程”[184] 。这就充分说明，法院在不同时期，其价值偏好有所不同。最高法院在《关于当前形势下审理民商事合同纠纷案件若干问题的指导意见》（2009年）中也指出，区分《合同法司法解释二》第14条的效力性强行法与管理性强行法时，“应当综合法律法规的意旨，权衡相互冲突的权益，诸如权益的种类、交易安全以及其所规制的对象等，综合认定强制性规定的类型”。

从国家管制角度说，违反强行法的合同均无效，同时当事人还承担公法责任，最能实现强行法的预防价值；而从私人自治角度说，违反强行法的合同均有效，最能保障当事人利益。如何寻求中道，是区分效力性规范与管理性规定的核心。几乎所有学者都主张运用比例原则来限制强行法对合同效力的影响。如认为法院应评价行政权力的目的、依据、措施及目的与措施之间的相关性，关注行政权力所欲达致的公法上的效果，这种效果通常可以通过行使行政权力本身实现，不应扩大到私法领域。[185] 或认为在比例原则指导下的合同效力判定是事实判断与价值判断的综合考量过程。其中，合同与公益的关联性、合同无效的必要性和实效性判断主要是事实判断，而合同的恶劣性、公益的重要性及合同无效的均衡性则更多涉及价值判断。若没有其他法律措施为实现社会公共利益的维护提供手段，则有必要认定合同无效；反之则不必认定无效。[186] 或认为判定违法合同效力的正确路径是：首先，发现违法合同所损害的社会公共利益；其次，运用比例原则权衡社会公共利益与当事人的私人利益。[187]

在适用比例原则解释强行法的目的无法得出有说服力的结论时，法官必须抉择管制与自治何者优先。民法学者几乎都偏向自治，如认为总体趋势是尽量作出有效认定，尽可能减少公法对民事法律行为效力的束缚。[188] 或进一步认为，在强制规范设置时，立法者就应当论证强行法符合公共利益、社会正义、弱者保护、家父主义等理据。[189] 这就从根子上确立了私法自治的优先地位。

强行法的一大规范群是基于特定价值保护特定主体的特殊利益。当事人若变更或排除这类强行法适用的，其效力具有一定特殊性。有学者明确指出，同一法律规范适用于商事合同与民事合同时，其性质可能不同。对有些任意性规范，对商事主体可以排除其适用，但对民事主体要排除其适用时，必须体现侧重保护消费者或劳动者利益的公共政策，否则绝对无效。对旨在保护消费者或劳动者利益的民事规范，若当事人的约定比现行法更有利于消费者或劳动者，自应允许；若当事人的约定降低了现行法对消费者或劳动者保护程度的，自当禁止。[190] 为减少强制性规范的硬度，亦有学者提出强制性规范的“半任意化”与“任意化”。就半强制性规范而言，若双方的约定使受法律优遇的一方所获保护超过法定标准，这更有助实现公共政策的，法律应乐观其成。若通过任意性规范可实现强制性规范目的的，应设计为任意性规范。如《合同法》第367条规定：“保管合同自保管物交付时成立，但当事人另有约定的除外。”它基本上废除了保管合同“要物”的强制性，殊值肯定。[191]

五　违反强行法与违反公共利益

（一）地方性法规、行政规章与公共利益

在实践中，不违反法律、行政法规但违反地方性法规、行政规章的合同相当常见，如何认定其效力，相当棘手。《合同法》颁行后，就有学者指出，法院不能直接将其认定为无效合同，而应当依据《合同法》第52条第4项关于“损害社会公共利益的合同无效”的规定来确认该合同效力。[192] 这种观点得到了理论与实践的广泛支持。如认为地方性法规和行政规章旨在保护国家和社会公共利益的，法院可以认定违反它们的合同因损害国家和社会公共利益而无效。[193]

以公共利益为由认定这类合同无效，虽然可以解决实务问题，但理论构成尚待完善，而且鉴于我国司法权与行政权的特殊关系，这种做法还会架空《合同法》第52条第5项的根本目的——通过限缩违法无效的合同的范围，实现鼓励交易的目的。

（二）二元论与一元论

公法强行法规范都旨在保障国家利益与公共利益，那么，法律应如何规范违法与违反公共秩序（损害公共利益）的合同？《合同法》第7条将两者一并规范，第52条则作了明确区分。学界对此有两种对立观点。

1.一元论

一元论主张违法与违反公共秩序应合二为一，其出发点是违法即违反公共秩序，违法必然损害公共利益，故主张将违法纳入到公共秩序或公序良俗。如从日本学说出发，预测我国违反强行法的合同的效力理论很大程度将取决于公序良俗理论的发展。[194] 或认为，在现代社会中，公共利益的最典型体现就是法律。将违法与损害社会公共利益并列不合逻辑。故应将违法合同的效力判定纳入《合同法》第52条第4项，通过发现立法目的及利益衡量，来最终确定违法合同的命运。[195] 还有学者认为，统一的实益是“能充分考虑个案的具体情况，避免效力判断中的概括化、抽象化、简单划一化趋向”，因为不同的强行法的规范目的不同，体现的公法强制程度不同，所蕴含的社会公益的大小也不同，最终导致违反行为是否违反公序良俗的判断结果也必然不同。[196]

2.二元论

因《合同法》采取了二元论，学界通说也为二元论，但也同时承认，违法通常违反公共秩序。[197] 如认为，强制规范与公序良俗原则都是一般条款，前者具有指引作用和将公法规范引入的功能，后者具有法律适用上的价值补充和法律漏洞填补的功能。但《合同法》第52条第5项应为第52条第4项的特别法，两者不存在共生现象；法律适用应对第4项进行目的限缩，以发挥第5项的作用。[198] 民法规范公共利益的具体路径有二：一是通过转介条款引入公法强行法中的公共利益；二是没有关于公共利益的强行法时，公序良俗条款可以弥补法律漏洞。[199] 这可称为温和的二元论。

更激进的二元论认为，强行法保护的、与市场经济有关的公共利益应限定为经济利益，而非道德利益。在国家广泛而深入地干预和介入经济生活的现代社会，公共利益多服膺于国家的经济政策，而公序良俗则是民法内部的强行性规范，是社会自发的强制道德需求，它体现的是社会道德利益。在现代道德与法律分离、实证法与自然法分离的背景下，公序良俗无疑为道德进入法律打开了缺口：在法源的控制方面，它排除了因为社会变迁而成为“陈规陋习”的习惯成为法源；在法律行为方面，它限制了个人的自治空间，禁止以牺牲社会道德为代

价来成就个人；在侵权法领域，它扩大了对个体权利的保护，使个体自治形成的权利不致受到严重败德的戕害。将公序良俗作为法律行为的一个限度，表明国家授权法官对重大道德事务的判断权，体现了国家对社会价值的尊重，是自由主义“道德中立”理念的例外。[200]

六　评论

民法历来就有各种自我设限的规则（诸如私法自治的前提、程序等）；它也从来都不是一个独立王国，代表公意和强权的国家出于各种名目，诸如社会正义、市场失灵、民生、环境正义、经济发展等，不断蚕食着民法自立的空间。民事主体也往往受到民法内部的自治规范和来自国家的管制规范的双重限制。公法对合同的管制，在中国其实主要体现为国家参与经济。在长期和平时期，国家的职能从维护公共安全，维护社会秩序向经济、民生、环保等方向的转化，使国家的经济职能越来越突出，政治和经济高度耦合，以至于国家与企业的角色难辨。尽管西方早有“国家终结”（姑且借用）的言论，但中国的私法至今仍在公法夹缝中发展的现实尚未改变，合同管理向合同治理的转型迄今没有完成，在这种社会情势下，学者倾注大量的心力分析违反强行法的合同的效力，有其特殊意义。

综观学界议论，值得进一步关注的问题还包括：强制性规范与禁止性规范（禁令）的区分；强行法是否限于公法强行法；效力性规定与管理性规定的区分标准等。

1.强制性规范与禁止性规范（禁令）的区分

应当承认，这一区分是相对的，公法对合同交易管制最普遍的资格准入规范即如此：如法律要求从事诊疗活动者必须具有特定资格，由此，它是强制性规定；反过来说，法律禁止没有取得特定资格的人从事诊疗活动，由此，它是禁止性规范。要求合同采取书面形式的法律规范也如此。故，虽然违反强行法的类型往往是禁止性规范，但将强行法限于禁止性规范，也未尽妥适。

2.强行法是否限于公法强行法

强行法限于公法强行法，当然是指实质意义上的公法规范，而并非散落在私法中的公法规范，如我国私法中的大量公法性质的规范。这一限定的主要目的，除了在法体系上纯化民法的私法性质外，更重要的是试图借鉴德国法，区分权限规范与权能规范。前者是按照私法自治的要求，对合同设置的私法要求，与国家权力无关，如当事人能力、处分行为的处分权等，它是法律上有权无权，或做不做得到的问

题。后者则系国家在私法之外对合同提出的要求，它是法律允不允许做的问题。总之，两者区分的理由有二：一是彻底纯化法律体系，区分公法与私法。二是彻底区分管制与自治。

3.效力性规定与管理性规定的区分标准

通说认为，不可能存在统一的标准，只存在可供考量的具体因素。这样的结论在诸多制度性研究中屡见不鲜。这里以苏永钦提出的考量因素为例，以展现“具体”因素可以具体到何种程度，并凸显合同法学技术性思维的细密特征：①管制的法益；②管制的取向，如是要防止对法益的加害还是要增加利益；③管制领域，如涉及的是进入市场的管制还是市场行为的管制；④管制的重心，管制内容和合同内容，在主体、客体、目的等方面对焦的程度（管制一方还是双方，直接还是间接）；⑤管制的性质，区分管制实体管制与程序管制；⑥管制的强度，如从立法理由、立法的密度等环境因素综合判断立法者管制的政策强度；⑦管制工具，从不同位阶法规范背后的民主正当性与公示程度来决定；⑧管制的成本效益，如评估是否延伸管制到私法关系其辅助或抵销效果的大小，可预见性与防免、信息等交易成本及补强执法成本的分析。[201]

第五节　无效合同的效力

一　无效效力的缓和

在传统民法理论中，无效合同是“当然、确定、绝对”无效的。这种强烈的、绝对的法律否定性评价，不仅多与当事人的真实意思不合，而且排除了无效合同获得转换、补正与承认的机会，殊不利于鼓励交易。学界对此批评较多，并提供了建设性方案。

（一）区分绝对无效与相对无效

对传统无效效力的批评，始于确认无效的当事人的范围。按照传统民法理论，任何人均可以主张合同无效，法院也可以依职权审查，主动宣告无效。但依据民事诉讼法，原告必须与本案有法律上的利害关系，否则法院将以原告不适格而不予受理或者驳回起诉。可见，并非任何人都能请求法院确认合同无效。从实体法上看，合同具有相对性和封闭性，如允许没有利害关系的第三人介入合同，不仅会扰乱正常的交易秩序和合同自由，而且使法院增加诉累。事实上，即使承认第三人可以提起合同无效的确认之诉，在现实中也没有实益，因为不

可能有人费时费力提起对自己没有利益的诉讼，而且第三人举证也存在困难。[202]

正是基于这一反思，为缓和无效的强制程度，学界多将无效分为绝对无效和相对无效。但相对无效的界定并未统一。如认为，相对无效有两种含义：一是指可撤销的合同，它们必须由相对人提出才可撤销，其效力是相对的。二是仅对特定的当事人才发生无效后果的合同，其特点是该合同并不是自始、当然无效，仅针对特定人才不发生法律效力，只有特定的相对人才能主张无效，而不是所有人均可主张该合同无效。[203] 或认为，相对无效包括部分效力待定的合同与可撤销合同。《合同法》上包括两类：一是行为人没有相应的行为能力的合同，二是意思表示不真实的合同。[204]

但大部分学者都以无效效果的范围为标准，来区分绝对无效与相对无效。前者任何人均得主张，并得对任何人主张，即合同对任何人都确定无效。后者系指不得以其无效对抗善意第三人。[205] 或主张相对无效是指合同有效，但特定人（善意第三人）可以主张无效；或者合同无效，但该无效不能对抗特定人。[206] 较难区分的，是损害第三人利益的合同到底是绝对无效还是相对无效。有学者以无效合同损害的利益是特定第三人还是不特定第三人的利益为标准区分，如损害的是不特定的第三人利益（实质是公共利益）的，应当认定为绝对无效。如果损害的是特定的第三人的利益，则属于相对无效的合同，只能由受害人主张无效。[207]

除了无效效果范围的不同外，学者还指出了两者的其他差别：①绝对无效合同不得履行；相对无效的，是否主张继续履行可以由受害人自己决定。②绝对无效合同是绝对的、当然的无效，无须经过裁判就无效；相对无效时的不生效只是暂时的，仍然存在着生效的可能性，相对无效需经当事人的请求，并经过法院裁判认定。[208] 还有学者总结了相对无效的类型：①公共政策贯彻型，包括侵害租赁人的优先购买权的合同与土地承包经营权流转合同。②经济效率促进型，包括侵害共有人与股东优先购买权的合同。③交易安全维护型。[209]

《合同法》并没明确使用“相对无效”的表述。有学者认为，中国法已尽可能地减少了绝对无效制度适用的范围，重视相对无效制度的设计。如《合同法》第80条规定，转让债权的协议，在未将债权转让的事实通知债务人时，对债务人不发生效力。区分不同情况分别设置绝对无效和相对无效两种制度，更为灵活、合理。[210]

（二）无效合同的补救

为缓和无效效力的强制性，除违反强行性规定和公序良俗的合同

外，其他无效合同均可通过法律技术手段对其进行补救，使无效合同尽可能有效，实现鼓励交易、促进私法自治的法政策目的。具体的补救措施主要包括一部无效、合同解释、无效行为的转换、合同改订等。[211]

1.一部无效

《合同法》第56条规定了一部无效制度：合同部分无效，不影响其他部分效力的，其他部分仍然有效。有学者指出，只有当合同部分无效，导致整个合同目的无法实现、整个合同失去意义的，整个合同才无效。[212]

2.合同无效的补正

学界对合同补正的理解不尽相同。较普遍的观点是，它是指在引起无效的原因消除后，法院认定合同有效的制度。[213]

其他理解包括：其一，补正是在无效的原因消除后，因为当事人的承认而在当事人之间成立与该无效合同内容相同的生效合同。当事人须承认无效合同，即希望有关无效合同变为有效。无效合同的补正原则上没有溯及力，但双方当事人均作出承认时，无效合同的补正在当事人之间有溯及力。[214] 其二，合同补正主要适用于合同形式的补正。因为合同补正制度只是为无效合同服务的一种附属制度，其构建必须以合同效力体系为基础，我国目前坚持以违法性标准作为合同无效的标准，故内容违法的合同，其履行构成违法行为，难以通过履行实现补正制度。[215]

3.合同无效的转换

转换是指无效合同具备他种合同的生效要件时，并依其情形可以认定当事人若知其无效即意图作出该他种合同的，在当事人之间成立他种合同的制度。即将无效的A种合同转化为有效的B种合同。转换制度具有贯彻意思自治、实现公平、效益，维护交易安全的价值。[216] 其合理性该在于，当事人在某种合同无效时，可能希望完成相近似的合同，以求实现相近似的法律效果或经济目的。法律经由效果意思的解释，使原本无效的合同转换成其他有效的合同，尊重了当事人的意思。[217]

转换可以分为法律转换（当然转换）和解释转换，前者是指依法律的特别规定进行转换。如《合同法》第28条将受要约人超过承诺期限发出的承诺转换为新要约，第30条将实质性变更要约内容的承诺转换为新要约等。理论研究的重点是解释转换。它通常应具备如下要件：①前一合同已经成立，因不满足生效要件而确定无效；②前一合

同具备他种合同的生效要件；③根据当事人利益可推知当事人若知其无效时，有进行他种合同的意思；④须两个合同所生成的权利义务关系具有高度的同构性。[218] 其中，认定当事人具有从事他种合同的意思或意愿，是对当事人意思的一种假设、推测与拟制。[219]

转换为法院针对具体合同进行解释的制度。有学者还从立法角度讨论了转换。认为转换制度的真正确立，不仅仅是引入单个条文，更是对现实交易生活的细心体察，以发现当事人的真实意思，从而对典型的情况作出类型化概括，并逐渐融入立法。其具体操作过程为：首先进行具体的、个别的转换（解释转换），然后通过归纳推理发展出一般的概括规定（无效合同效力转换的一般规则），再依演绎推理方式生成判例，对某些成熟的具体情形予以类型化，并适时将一些重要的、典型的解释转换纳入法律，从而成为法律转换。[220]

4.其他

《欧洲合同法原则》（PECL）第4.105条规定了合同改订制度。其要义是一方可因错误而宣布合同无效时，对方若愿意履行按照无效宣告权利人理解的合同，合同就按错误方的理解确定其内容。在双方当事人共同错误的情形，任何一方都可以请求法院使合同回复到没有错误的情形。有学者建议借鉴这种规定。[221]

还有学者建议区分无效与不生效。将无效合同限于违反公法强行法和违反公序良俗两种。违反私法强行法的行为的效力是不生效，如不具有主体资格者订立的合同、没有采取法定书面形式的合同、没有达到法定婚龄的婚姻等。如果当事人不诉诸国家救济，或行为的违法瑕疵被消除后，就可以认定为其成立并生效。这种思路可以解决一个理论难题：很多无效合同并没有违反公法，也没有损害第三人利益和社会利益，国家并不主动干预，而按照传统的观点，所有的无效合同都应被追究，这就必然造成“选择性执法”，损害法律的权威。既然违反私法强行法的行为是不生效的，它就只在当事人之间发生法律效力，第三人不能请求法院确认无效。如果违反的是公法和公序良俗原则，产生的是个人对国家和社会的责任，第三人可以请求确认无效。[222]

二　返还财产与赔偿损失

（一）返还财产

1.请求权的性质

《合同法》第58条规定了合同无效的两种效力：返还财产与损害

赔偿。有学者认为，本条规定的返还财产是合同不成立、无效、被撤销或不被追认当然发生的法律效果，而并非当事人违反民事义务所直接产生的。它并非道德和法律对当事人的主观状态及相关行为的否定性评价，其成立不需要具备民事责任的构成要件，故不属于民事责任。[223]

返还财产涉及物权行为独立性及无因之争，相应地，对合同无效后返还财产请求权的性质，也存在不当得利请求权说与物上请求权说之争。通说认为，合同无效后，合同产生的债权债务关系归于消灭，基于合同所发生的物权变动当然丧失基础，发生物权变动的回转，返还财产请求权属于物上请求权。

采不当得利说与物上请求权说对当事人的影响不同。有学者将其概括为：①不当得利返还的范围比原物返还的范围更广。返还原物的对象仅限于原物及其孳息，不当得利返还旨在将受益人所获得的一切不当的利益，包括实际所受的利益、基于原物的占有而取得的收益、基于权利的取得而获得的利益以及原物因第三人的毁损和占有而获得的赔偿金和保险金等。②物上请求权人无须证明对方是否具有过错。不当得利返还请求权的构成要件上不包括主观过错，但在考虑返还的范围时应根据善意和恶意来确定。③物上请求权必须以原物依然存在为要件；不当得利请求权则无论原物是否存在，只要受益人获得利益，就应负返还责任。④物上请求虽有利于恢复权利人对原物的占有，但其适用范围也常常受到限制，在不存在物的交付时不能适用。此时可适用不当得利请求权或通过损害赔偿解决。[224]

主张物上请求权说的学者也认为，在原物不存在的场合，应适用不当得利请求权。[225] 或原物虽存在但已被转让给善意第三人时，当事人只能主张不当得利返还。涉及劳务之债，则只能适用不当得利请求权。[226] 还有学者指出，一方客观上无法返还时，很难采用既符合逻辑推理，又符合公平观念的一般规则处理，只能区别对待。此外，应区分民事上的财产返还与行政处罚。如赠与行为因违反公序良俗而无效时，应当参照双务合同无效后的处理原则，未履行者不得再请求履行；但已经履行的，赠与人不得请求返还，否则无异于对其不法行为的奖励，于情于理均不可取。[227]

值得注意的是，《民事诉讼时效司法解释》第7条第2款规定：“合同被撤销，返还财产、赔偿损失请求权的诉讼时效期间从合同被撤销之日起计算。”该条确认了合同被撤销场合的返还财产为债权请求权。由此推论，无效场合的返还也应当为不当得利请求权。

2.第三人返还

返还义务有时会涉及第三人。有学者认为，在符合善意取得要件的情形，不论无效损害的是公共利益还是私人利益，善意第三人都可以取得财产而不必返还，过分地保护了第三人的利益。《合同法》第58条将合同无效与被撤销后的效力一并规定不妥，它因为无效合同是一种绝对无效，可撤销合同是一种相对无效。[228]

合同义务若由第三人代为清偿的，在合同无效后，有学者认为，第三人以债务人名义代为清偿且债权人无异议的，因合同无效而获取合同履行利益的当事人应当将所得利益退还给合同相对人；在第三人以自己的名义代为清偿债务人的债务且不代位行使债权人权利的，因合同无效而获取合同履行利益的当事人，应当将所得利益退还给第三人。[229]

（二）损害赔偿

合同被确认无效后，当事人当然不能基于合同提出请求，故通说认为合同无效后的损害赔偿，其性质为缔约过失责任。[230] 还有学者进一步指出，信赖利益的损失包括三方面：一是订约费用。二是履行费用，包括准备履约所支付的费用及实际履约所支付的费用。三是合理的间接损失，如因为信赖合同将要成立而与对方订立无效合同，从而丧失了与第三人订立有效合同的机会而蒙受的损失。此外，当事人不能基于侵权行为提出请求，因为此时很难确认过错方侵害了对方受侵权法保障的权利，而且合同无效并非侵害他人权利所造成的损失。[231]

三　合同无效与诉讼时效

无效合同的诉讼时效一直是司法实践中的难点。学界争议的焦点主要在于两方面：一是确认合同无效的权利是否受诉讼时效限制，二是合同确认无效后产生的请求权的诉讼时效。

（一）确认合同无效与诉讼时效

合同无效的确认是否受诉讼时效的限制，学界形成了对立观点。

1.否定说

主张确认合同无效不受诉讼时效的限制。这是学界通说，且为司法实践支持。其理由为：其一，无效合同是法律否定性评价最为强烈的合同。无效合同具有违法性，合同无效是法律对合同效力的价值评判，法院和仲裁机构均应主动审查并确认合同无效。对无效合同的确认适用诉讼时效，意味着法律容忍了这种违法行为并接受了其相应的

后果，与社会的整体秩序背道而驰，违背了设立诉讼时效制度的立法宗旨和目的。[232] 其二，确认合同无效所提起的诉讼是确认之诉，不属于诉讼时效的客体范围。其三，时间的经过不能改变无效合同的法律性质。合同无效的原因主要在于其违法性，或者损害社会公共利益，或者违背善良风俗。只要据以认定合同无效的法律规范或公序良俗没有发生变化，时间经过就不能改变无效合同的法律性质。若受诉讼时效限制，则背离了诉讼时效的立法目的，即督促权利人行使权利。[233]

2.肯定说

认为无效合同的确认应适用诉讼时效。主要理由是：其一，有法律依据。《民法通则》第135条规定："向人民法院请求保护民事权利的诉讼时效期间为二年，法律另有规定的除外。"据此，当事人在任何情形以任何方式向法院提出诉讼请求，都应受到时效的限制。其二，基于举重明轻的法理。违法行为包括刑事违法行为、行政违法行为和民事违法行为，其中刑事违法行为对社会的危害性最大，但法律对犯罪也规定了追诉时效，故无效合同应适用诉讼时效。其三，无效合同的确认受诉讼时效限制，并非否认无效合同的违法性。违法的始终违法，即使未被追究和干预，其性质也不会改变。[234] 其四，符合诉讼时效的立法精神。若对确认合同无效的权利不加以时间限制，那么无效合同产生的所有法律关系就永远处于悬而未决的不安状态，交易安全得不到保障，不仅不利于当事人生活的安宁和社会经济秩序的稳定，也不符合法律所追求的效率、秩序、稳定等价值目标。[235]

主张肯定说的学者还提出了确认无效合同的诉讼时效的期间问题。如认为，请求确认合同无效的诉讼时效为两年，合同一方当事人请求的，应当在合同约定的履行期限届满之日起计算；合同之外的第三人请求的，应当从知道或应当知道权利被侵害时起计算，但从权利被侵害之日起超过二十年的，法院不予保护；损害国家利益的，则不受诉讼时效的限制。[236] 或认为确认合同无效的期间为10年，从合同成立时起算。合同被确认无效后返还财产、赔偿损失等法律后果的时效限制援用民法相关规定，从合同被确认为无效之日起算。[237]

3.折中说

折中说区分绝对无效与相对无效，前者是违法或违反公序良俗，后者是仅仅涉及第三人利益而且须由第三人主张无效。前者不受诉讼时效的限制，后者受诉讼时效限制。[238]

（二）无效合同产生的请求权的诉讼时效

合同被确认无效后产生的请求权包括返还原物与损害赔偿。因通

说认为返还原物请求权为物上请求权，故它首先涉及物上请求权是否使用诉讼时效的问题。对此，有学者认为，对登记物权，物上请求权不适用诉讼时效，不登记物权适用诉讼时效；诉讼时效从给付财产之日起计算。[239]

对不当得利请求权与损害赔偿请求权应适用诉讼时效，学者没有争议；但对起算点的计算，争议则较大。

1.确认无效时起算

较多学者认为，诉讼时效应从合同被确认无效之日起算。因为合同无效只能由法院或者仲裁机构确认，只有在判决或裁决确认合同无效时，才产生返还财产及赔偿损失请求权，权利人才知道或者应当知道其权利受到侵害。在确认之前，合同双方当事人基于对合同效力的信赖，将无效合同当作有效合同履行完毕，难以要求他们知道或应当知道权利受到侵害。因合同无效导致的权利人遭受的不利益，不应以诉讼时效起算点的提前起算来解决，可通过公平原则解决。[240] 还有学者明确指出，“确认无效”的诉讼时效自终审法院确认无效合同的判决送达当事人的次日起算。[241]

2.合同签订日起算

该说主张，诉讼时效期间应从合同签订之日起计算，因为法律明确规定了合同有效成立的条件，当事人在签订合同时就应当知道该合同违反了法律规定，应当知道自己的权利受到了侵害。[242]

3.合同履行日起算

该说认为，诉讼时效应从财产给付时开始计算，因无效合同自始无效，当事人受领给付之时就无合法根据，构成不当得利，故诉讼时效期间应自受领给付之时的次日起算。[243] 或认为，虽然原约定的履行期限无效，对合同双方都不具有约束力，但以该时间点来判别债权人在原约定的履行期限届满债务人未履行债务时，债权人应当知道自己的权利受到侵害。[244]

四 其他问题

（一）合同无效与恶意抗辩

违反强行法的合同之所以不能一概认定为无效，一个重要原因就是可能会促使一方恶意主张合同无效，从中获得不当利益。晚近以来，学者较关注合同无效时的恶意抗辩，即一方当事人单独实施或与对方共同实施了某种违法行为后，一旦客观情况出现了对其不利的变

化，该当事人便以其行为违法为由，主动要求法院确认合同无效。其实质为违反诚信原则的抗辩权滥用行为。其效力应区分处理：①区分合同是绝对无效还是相对无效。绝对无效的，恶意抗辩人也可以主张无效；相对无效则不能。②区分合同的违法性程度，考虑该行为违反的是效力性规定还是取缔性规定，违反前者的应直接认定合同无效。③区分合同是否已经履行，如果已经履行，应作为有效合同对待，但要追究违法行为人的行政责任。上述区分的目的在于维护合同严守原则，强化交易中的诚信观念。[245] 另有学者主张，对严重背离合同制度目的、必须予以取缔的合同，应当确认其无效，当事人请求确认合同无效的，不构成恶意抗辩。其他合同则应被认定为恶意抗辩，以防恶意人因主张合同无效而获得大于合同有效时所能取得的利益。[246]

《建设工程施工合同司法解释》和《城镇房屋租赁权合同》对部分无效建设工程施工合同与租赁合同，在价格确定上采用了“无效行为当有效处理”原则。有学者论证了其合理性：这类合同通常违反了行政管理法规（如建设工程承包合同的订立未采用法定的招投标程序、违法建筑出租等），但双方约定的工程款及租金价格的计算方式或计算标准，并不违反强行法；若支持恶意诉讼方的主张，无疑会鼓励其利用违法行为而获利；当事人违反行政管理法规，自应依相关法规承担相应的法律制裁后果。可见，“无效行为当有效处理”并不会使当事人有恃无恐，鼓励违法。[247]

（二）合同无效与可撤销的双重效力

合同无效与可撤销的法定事由截然不同，彼此完全排斥。德国民法学者多尔（Doll）讨论了法律行为的双重效力——既发生无效效力，也可以被撤销。这一理论被王泽鉴教授引入到汉语法学界。[248]

双重效力是针对特定案例讨论的。这种案例一般为三方当事人。合同关系有双重瑕疵，其一导致合同无效，其二导致合同可被撤销。最典型的案例是：未成年人甲因受乙胁迫而出让小提琴于丙。丙明知甲为未成年人的事实，但不知乙胁迫甲的事实。依据传统民法理论，甲乙间的合同因未获法定代理人追认而无效后，不得再主张撤销，丙由于不知此无效原因，依然可受善意取得保护，甲仍无法因合同无效而向丙请求返还所有物。但是，撤销受胁迫行为的，可对抗善意第三人。若甲撤销合同的，则可请求返还小提琴。

在我国法上，合同是否可以同时适用无效和可撤销的双重效力，学界见解不同。否定说认为，在中国的法律体系下承认“无效行为可撤销”并不妥当：其一，它与无效的效力冲突，无效是当然无效、自始无效、绝对无效、永久无效，不存在得否撤销的问题。其二，两者

法律效果基本相同，都使合同法律效力消灭，殊无并存的必要。其三，如承认“无效行为可撤销”，当事人如果不行使撤销权，岂非意味着该无效合同对当事人有拘束力，该违法合同可以履行？其四，合同无效为绝对无效，即使债权人没有行使撤销权，法院也应依职权进行审查，主动宣告该合同无效。这样，无效合同的撤销权就没有实质意义，反而会导致法律体系构建和法条适用的混乱。[249] 就前述案例而言，有学者认为，是否构成善意取得是问题的关键，而非是否授予甲以撤销权。丙并非百分之百的善意第三人，这对丙是否能主张善意取得具有决定性的影响。目前善意取得的构成要件逐渐严格，法律有关无效的效力规定足以完全保护权利人甲，无须再赋予撤销权。[250]

赞成论者则认为，原则上无效行为不得撤销，但应特设一些例外。当一些既符合无效要求，又满足撤销权行使要件的行为，若撤销权已超过除斥期间时，当事人可主张无效。此外，在无效行为的撤销具有实益时，为维护受害人的利益，应允许其行使撤销权。撤销制度不仅包容了无效制度的全部功能，同时弥补了其僵硬、无法体现意思自治、难以保护权利人一些利益的缺陷。[251]

五　评论

相对合同法的其他领域，国内学界对无效合同的效力着墨不多，重点在无效效力的缓和方面，但多限于基本原理与规则的阐述，缺少细致的研究。目前，尚有如下问题似应重视：

1.无效的效力与不当得利

无效合同最重要的效力之一是恢复原状。有疑义的是：①无效法律效力中的恢复原状与合同撤销后尤其是合同解除后的恢复原状的性质是否相同？无效是法律对合同否定性最强的评价，法律应否对其恢复原状效力设置不同的规则？②无效的返还是《合同法》规定的特殊义务（责任），还是不当得利的一个种类（基于给付的不当得利）？有学者提出，无效法律行为的效果将会对不当得利法的理论与实践产生重要影响，因此，日本有学者建议区分当事人行为种类、被认定为无效的诸种原因。最有效的立法方式应是先概括性规定不当得利返还请求权的基础，后再针对个别类型通过特则进行具体规定。[252] 但适用不当得利规则难以容纳对无效原因的考量，故，是否将其界定为不当得利之外的《合同法》上的特殊责任形态，还有考虑余地。

2.无效效力的缓和

在这一方面，值得讨论的问题包括：合同绝对无效与相对无效区

分的意义；合同部分无效与全部无效如何区分；合同无效的转换与补正。

（1）绝对无效与相对无效区分的意义。两者区分的标准，显然是前者系违反公法强行法的合同，后者则为违反私法强行法的合同。若将《合同法》第52条第5项中的“违反法律、行政法规强制性规定”中的“法律、行政法规”解释为公法强行法，在限定无效合同范围的意义方面更为明显。

（2）部分无效与全部无效如何区分。合同法规定的原则是，合同部分无效，不影响其他部分效力的，其他部分仍然有效。这与英美法的“蓝铅笔规则”类似，即删除无效条款不影响合同目的的，合同即全部有效。是否可以抽象出部分无效导致全部无效的一般标准，或具体考量的因素，也值得研究。

（3）转换与补正。关于合同无效的转换，其最疑难的问题是，如何确认当事人的转化意思，如连带保证不成立的（独立担保效力被否认时），是否可以解释为成立无因债务承担？

3.善后条款与分割条款

在合同实践中，当事人有时在合同中约定善后条款，如违法建筑租赁合同中约定，若合同被法院认定为无效，则费用如何结算和分摊；场地如何清理；财产如何恢复原状态等。这种约定的效力如何，目前罕见讨论，实务亦未见公布的案例。

与此有关的是合同实践中的分割条款，即明确规定合同的部分条款无效，并不影响整个合同的效力。其效力如何，也值得研究。

---

[1] 崔建远：《合同效力瑕疵探微》，《政治与法律》2007年第2期。

[2] 参见张家勇《未生效合同辨析》，载梁慧星主编《民商法论丛》（第20卷），金桥文化出版有限公司2001年版；曹守晔等：《〈关于适用合同法若干问题的解释（一）〉的理解和适用》，《人民司法》2000年第3期。

[3] 参见罗秀兰《论合同未生效阶段的法律责任——兼谈合同责任体系的进一步完善》，《河北法学》2004年第9期。

[4] 如张玖利《论未生效合同》，《河南省政法管理干部学院学报》2004年第1 期；沈雄杰：《未生效合同的保护》，《广西政法管理干部学院学报》2005年第3期。

[5] 参见张家勇《未生效合同辨析》，载梁慧星主编《民商法论丛》（第20卷），金桥文化出版有限公司2001年版。

[6] 参见王利明《合同法研究（修订版）》（第1卷），中国人民大学出版社2011年版，第522页。

[7] 崔建远：《我国合同效力制度的演变》，《河南省政法干部管理学院学报》2007年第2期。

[8] 参见沈雄杰《未生效合同的保护》，《广西政法管理干部学院学报》2005年第3期。

[9] 参见罗秀兰《论合同未生效阶段的法律责任——兼谈合同责任体系的进一步完善》，《河北法学》2004年第9期。

[10] 参见朱广新《合同法总论》（第2版），中国人民大学出版社2012年版，第192页。

[11] 参见孙学致、韩蕊《特约生效要件成就前合同的效力——未生效合同概念批判之一》，《当代法学》2011年第6期。

[12] 参见张玖利《论未生效合同》，《河南省政法管理干部学院学报》2004年第1期。

[13] 参见张家勇《未生效合同辨析——以"合同法解释"第9条的理解为中心》，《西南民族学院学报》（哲学社会科学版）2001年第4期。

[14] 参见刘凯湘《合同法》，中国法制出版社2006年版，第61页。

[15] 参见崔建远主编《合同法》（第5版），法律出版社2010年版，第94页；王利明：《合同法研究（修订版）》（第2卷），中国人民大学出版社2011年版，第518页；韩世远：《合同法总论》（第3版），法律出版社2011年版，第117页。

[16] 参见张雪楳《论合同生效》，《法律适用》2009年第11期。

[17] 参见赵旭东《论合同的法律约束力与效力及合同的成立与生效》，《中国法学》2000年第1期。

[18] 参见王轶《论合同行为的一般生效条件》，《法律适用》2012年第7期；王轶：《合同效力认定的若干问题》，《国家检察官学院学报》2010年第5期。

[19] 参见汤文平《批准（登记）生效合同、"申请义务"与"缔约过失"——〈合同法解释（二）〉第8条评注》，《中外法学》2011年第2期。

[20] 参见吴光荣《行政审批对合同效力的影响：理论与实践》，《法学家》2013年第1期。

[21] 参见麻锦亮《合同审批的民法效力——以外资审批为中心》，《涉外商事海事审判指导》第1辑，人民法院出版社2010年版，第169页。

[22] 参见吴光荣《行政审批对合同效力的影响：理论与实践》，《法学家》2013年第1期。

[23] 参见汤文平《批准（登记）生效合同、"申请义务"与"缔约过失"——〈合同法解释（二）〉第8条评注》，《中外法学》2011年第2期。

[24] 参见晋松《审视与重塑：待审批合同生效之障碍及克服——以〈合同法〉第44条的适用展开》，《法律适用》2011年第11期。

[25] 参见蔡立东、李晓倩《行政审批与矿业权转让合同的效力》，《政法论丛》2011年第5期；刘贵祥：《论行政审批与合同效力——以外商投资企业股权转让为线索》，《中国法学》2011年第2期。

[26] 参见吴光荣《行政审批对合同效力的影响：理论与实践》，《法学家》2013年第1期。

[27] 参见张家勇《未生效合同辨析——以“合同法解释”第9条的理解为中心》，《西南民族学院学报》（哲学社会科学版）2001年第4期。

[28] 参见姜战军《合同成立与效力若干问题研究》，《郑州大学学报》（社会科学版）2000年第6期。

[29] 参见张雪楳《论合同生效》，《法律适用》2009年第11期。

[30] 参见刘贵祥《论行政审批与合同效力——以外商投资企业股权转让为线索》，《中国法学》2011年第2期。

[31] 参见沈雄杰《未生效合同的保护》，《广西政法管理干部学院学报》2005年第3期。

[32] 参见晋松《审视与重塑：待审批合同生效之障碍及克服——以〈合同法〉第44条的适用展开》，《法律适用》2011年第11期。

[33] 参见吴光荣《行政审批对合同效力的影响：理论与实践》，《法学家》2013年第1期。

[34] 孙学致、韩蕊：《特约生效要件成就前合同的效力——未生效合同概念批判之一》，《当代法学》2011年第6期。

[35] 参见沈德咏、奚晓明主编《最高人民法院关于合同法司法解释（二）理解与适用》，人民法院出版社2009年版，第75页。

[36] 参见张雪楳《论合同生效》，《法律适用》2009年第11期。

[37] 参见刘贵祥《论行政审批与合同效力——以外商投资企业股权转让为线索》，《中国法学》2011年第2期。

[38] 参见晋松《审视与重塑：待审批合同生效之障碍及克服——以〈合同法〉第44条的适用展开》，《法律适用》2011年第11期。

[39] 参见汤文平《批准（登记）生效合同、“申请义务”与“缔约过失”——〈合同法解释（二）〉第8条评注》，《中外法学》2011年第2期。

[40] 参见曹守晔等《〈关于适用合同法若干问题的解释（一）〉的理解和适用》，《人民司法》2000年第3期；张家勇：《未生效合同辨析》，载梁慧星主编《民商法论丛》（第20卷），金桥文化出版有限公司2001年版。

[41] 参见王利明《合同法研究（修订版）》（第1卷），中国人民大学出版社2011年版，第525页。

[42] 参见邹双卫《以批准作为生效条件的合同》，《行政与法》2010年第9期。

[43] 参见汤文平《批准（登记）生效合同、“申请义务”与“缔约过失”——〈合同法解释（二）〉第8条评注》，《中外法学》2011年第2期。

[44] 参见晋松《审视与重塑：待审批合同生效之障碍及克服——以〈合同法〉第44条的适用展开》，《法律适用》2011年第11期。

[45] 参见汤文平《批准（登记）生效合同、“申请义务”与“缔约过失”——〈合同法解释（二）〉第8条评注》，《中外法学》2011年第2期。

[46] 参见张德芬《合同法定形式效力比较及我国立法的完善》，《学术交流》2003年第3期。

[47] 参见赵旭东《论合同的法律约束力与效力及合同的成立与生效》，《中国法学》2000年第1期。

[48] 朱广新：《合同法总论》（第2版），中国人民大学出版社2012年版，第188页。

[49] 参见刘贵祥《论行政审批与合同效力——以外商投资企业股权转让为线索》，《中国法学》2011年第2期。

[50] 参见蔡立东、李晓倩《行政审批与矿业权转让合同的效力》，《政法论丛》2011年第5期。

[51] 广州市仙源房地产股份有限公司与广东中大中鑫投资策划有限公司、广州远兴房产有限公司、中国投资集团国际理财有限公司股权转让纠纷案（［2009］民申字第1068号）。案例来源：北大法宝网页。

[52] 参见张俊浩主编《民法学原理》（上册），中国政法大学出版社2000年版，第329页；龙卫球：《民法总论》，中国法制出版社2002年版，第588页；李永军：《民法总论》，法律出版社2006年版，第701页。

[53] 参见梁慧星《民法总论》，法律出版社2001年版，第257页。

[54] 参见杨代雄《容忍代理抑或默示授权——〈民法通则〉第66条第1款第3句解析》，《政治与法律》2012年第4期。

[55] 参见张家勇《两种类型，一种构造？——〈民法通则〉第66条第1款第3句的解释》，《中外法学》2012年第2期。

[56] 参见吴国喆《表见代理中本人可归责性的认定及其行为样态》，《法学杂志》2009年第4期。

[57] 参见王建文、李磊淞《表见代理判断标准重构——民商区分模式及其制度构造》，《法学评论》2011年第5期。

[58] 参见杨代雄《容忍代理抑或默示授权——〈民法通则〉第66条第1款第3句解析》，《政治与法律》2012年第4期。

[59] 参见张家勇《两种类型，一种构造？——〈民法通则〉第66条第1款第3句的解释》，《中外法学》2012年第2期。

[60] 参见尹田《论代理制度的独立性——从一种法技术运用的角度》，《北方法学》2010年第5期。

[61] 参见叶金强《论代理权授予行为的有因构造》，《政法论坛》2010年第1期。

[62] 早期一元要件说，如佟柔：《中国民法学民法总则》，中国人民公安大学出版社1990年版，第297页；胡康生主编：《中华人民共和国〈合同法〉释义》，法律出版社1999年版，第85页；章戈：《表见代理及其适用》，《法学研究》1987年第8 期；早期双重要件说，见尹田《论表见代理》，《政治与法律》1988年第6期。

[63] 参见汪渊智《我国〈合同法〉第四十九条的解释论》，《政法论丛》2012年第5期。

[64] 参见彭万林主编《民法学》（第7版），法律出版社2011年版，第128页。

[65] 参见王利明《民法总则研究》，中国人民大学出版社2003年版，第674—675页。

[66] 参见孙鹏《表见代理构成要件新论》，《云南大学学报》（法学版）2004年第1期。

[67] 参见尹田《我国新合同法中的表见代表制度评析》，《现代法学》2000年第5期。

[68] 参见孙鹏《表见代理构成要件新论》，《云南大学学报》（法学版）2004年第1期。

[69] 参见王建文、李磊淞《表见代理判断标准重构：民商区分模式及其制度构造》，《法学评论》2011年第5期。

[70] 参见孙鹏《表见代理构成要件新论》，《云南大学学报》（法学版）2004年第1期。

[71] 参见尹田《我国新合同法中的表见代表制度评析》，《现代法学》2000年第5期。

[72] 参见叶金强《表见代理构成中的被代理人归责性要件——方法论角度的再思考》，《西北政法大学学报》2010年第5期。同旨，见吴国喆《表见代理中本人可归责性的认定及其行为样态》，《法学杂志》2009年第4期。

[73] 参见侯巍、杨培连《论表见代理中本人的可归责性》，《广西大学学报》（哲学社会科学版）2008年第3期。

[74] 参见唐华琳《表见代理制度中被代理人过失要件的思考》，《嘉兴学院学报》2010年第5期。

[75] 参见罗瑶《法国表见代理构成要件研究——兼评我国〈合同法〉第49条》，《比较法研究》2011年第4期。

[76] 参见傅鼎生《不动产善意取得应排除冒名处分之适用》，《法学》2011年第12期。

[77] 参见汪渊智《我国〈合同法〉第四十九条的解释论》，《政法论丛》2012年第5期。

[78] 参见孙鹏《表见代理构成要件新论》，《云南大学学报》（法学版）2004年第1期。

[79] 参见叶金强《表见代理构成中的被代理人归责性要件——方法论角度的再思考》，《西北政法大学学报》2010年第5期。

[80] 参见罗瑶《法国表见代理构成要件研究——兼评我国〈合同法〉第49条》，《比较法研究》2011年第4期。

[81] 参见杨代雄《表见代理的特别构成要件》，《法学》2013年第2期。

[82] 参见王利明《民法总则研究》，中国人民大学出版社2003年版，第674—675页。

[83] 侯巍、杨培连：《论表见代理中本人的可归责性》，《广西大学学报》（哲学社会科学版）2008年第3期。

[84] 参见吴国喆《表见代理中本人可归责性的认定及其行为样态》，《法学杂志》2009年第4期。学者的民法典建议稿也有采用将客观关联类型化思路的，参见徐国栋主编《绿色民法典草案》，社会科学文献出版社2004年版，第33页；王利明主编：《中国民法典学者建议稿及立法理由·总则编》，法律出版社2005年版，第382页。

[85] 参见王利明《合同法研究（修订版）》（第1卷），中国人民大学出版社2011年版，第587页；彭万林主编：《民法学》（第7版），法律出版社2011年版，第128页。

[86] 参见汪渊智《我国〈合同法〉第四十九条的解释论》，《政法论丛》2012年第5期。

[87] 参见吴国喆《表见代理中相对人的对人性救济权——以表见代理人为请求对象》，《甘肃政法学院学报》2008年第3期。

[88] 参见张谷《略论合同行为的效力——兼评〈合同法〉第三章》，《中外法学》2000年第2期。

[89] 参见丁南《信赖保护与法律行为的强制有效——兼论信赖利益赔偿与权利表见责任之比较》，《现代法学》2004年第1期。

[90] 参见周清林《自治的异化：论表见代理的后果——兼评“选择权”通说》，《学术论坛》2006年第10期。

[91] 参见吴国喆《表见代理中相对人的对人性救济权——以表见代理人为请求对象》，《甘肃政法学院学报》2008年第3期。

[92] 参见李政辉、吴希松《一个伪问题：表见代理之本人过错》，《上海商学院学报》2008年第4期。

[93] 参见王利明《合同法研究（修订版）》（第2卷），中国人民大学出版社2011年版，第595页；韩世远：《合同法总论》（第3版），法律出版社2011年版，第218页。

[94] 参见梁慧星《如何理解合同法第五十一条》，载梁慧星主编：《民商法论丛》（第15卷），法律出版社1999年版。

[95] 参见韩世远《合同法总论》（第3版），法律出版社2011年版，第218页以下。

[96] 参见王利明《论无权处分》，《中国法学》2001年第3期；徐晓峰：《违法转租

与无权处分、不当得利》，《法律科学》2003年第1期；韩舸友：《无权处分合同效力略探——以〈物权法〉为背景》，《法学杂志》2010年第6期。

[97] 参见尹田《法律行为分类之检讨》，《法商研究》2007年第1期。

[98] 参见崔建远《出卖他人之物合同的效力设计》，《河北法学》2006年第3期。

[99] 参见崔建远《无权处分辨：合同法第51条规定的解释与适用》，《法学研究》2003年第1期。

[100] 梁慧星：《如何理解合同法第五十一条》，载梁慧星主编《民商法论丛》（第15卷），法律出版社1999年版。

[101] 参见梁慧星《如何理解合同法第五十一条》，载梁慧星主编《民商法论丛》（第15卷），法律出版社1999年版；王利明、崔建远：《合同法新论·总则》（修订版），中国政法大学出版社2000年版，第301页。

[102] 参见崔建远《无权处分辨：合同法第51条规定的解释与适用》，《法学研究》2003年第1期。

[103] 参见吴光荣《论无权处分的适用范围》，《中外法学》2005年第3期。

[104] 参见王利明、崔建远《合同法新论·总则》（修订版），中国政法大学出版社2000年版，第303页。

[105] 参见崔建远《无权处分辨：合同法第51条规定的解释与适用》，《法学研究》2003年第1期。

[106] 参见崔建远《合同法》，北京大学出版社2012年版，第101页。

[107] 参见王轶《论无权处分行为的效力以物权变动模式的立法选择为背景》，《中外法学》2001年第3期；董学立：《也论无权处分》，《法学论坛》2002年第3期。

[108] 参见葛云松《论无权处分》，载梁慧星主编《民商法论丛》（第21卷），金桥文化出版有限公司2001年版；蔡立东：《无权处分行为法律效力新诠——合同法第51条评析》，《吉林大学社会科学学报》2002年第3期。

[109] 参见田韶华、包雯《论我国合同法上的无权处分合同及其效力——〈合同法〉第51条再探讨》，《法学家》2002年第2期；韩舸友：《无权处分合同效力略探——以〈物权法〉为背景》，《法学杂志》2010年第6期。

[110] 参见田士永《出卖人处分权问题研究》，《政法论坛》2003年第6期。

[111] 参见吴光荣《论无权处分的适用范围》，《中外法学》2005年第3期。

[112] 参见刘贵祥《论无权处分和善意取得的冲突和协调——以私卖夫妻共有房屋时买受人的保护为中心》，《法学家》2010年第5期。

[113] 参见葛云松《论无权处分》，载梁慧星主编《民商法论丛》（第21卷），金桥文化出版有限公司2001年版。

[114] 如韩世远《无权处分与合同效力》，《人民法院报》1999年11月23日；张谷：《略论合同行为的效力》，《中外法学》2000年第2期；葛云松：《论无权处分》，载

梁慧星主编《民商法论丛》（第21卷），金桥文化出版有限公司2001年版；田士永：《物权行为理论研究》，中国政法大学出版社2002年版，第310页以下；刘家安：《买卖的法律结构》，中国政法大学出版社2003年版，第152页以下。

[115] 参见韩世远《合同法总论》（第3版），法律出版社2011年版，第225页。

[116] 参见王轶《论无权处分行为的效力以物权变动模式的立法选择为背景》，《中外法学》2001年第3期。

[117] 参见余延满、张康林《再论无权处分——以处分行为与物权行为的价值冲突为突破口》，《时代法学》2006年第6期。

[118] 叶金强：《无权处分行为效力模式论》，《南京大学法律评论》2005年秋季号。

[119] 如蔡立东《无权处分行为法律效力新诠——合同法第51条评析》，《吉林大学社会科学学报》2002年第3期。

[120] 参见葛云松《论无权处分》，载梁慧星主编《民商法论丛》（第21卷），金桥文化出版有限公司2001年版；叶金强：《无权处分行为效力模式论》，《南京大学法律评论》2005年秋季号。

[121] 参见葛云松《论无权处分》，载梁慧星主编《民商法论丛》（第21卷），金桥文化出版有限公司2001年版。

[122] 参见张家勇《无权处分的规制形式——以〈合同法〉第51条的解释为中心》，《西南民族学院学报》（哲学社会科学版）2002年第10期。这是按照《担保法》得出的结论，《物权法》已作了相应修改。

[123] 参见蔡立东《无权处分行为法律效力新诠——合同法第51条评析》，《吉林大学社会科学学报》2002年第3期。

[124] 参见张家勇《无权处分的规制形式——以〈合同法〉第51条的解释为中心》，《西南民族学院学报》（哲学社会科学版）2002年第10期。

[125] 余延满、张康林：《再论无权处分——以处分行为与物权行为的价值冲突为突破口》，《时代法学》2006年第6期。

[126] 刘竞元：《从受让人角度看无权处分合同效力的类型化——兼谈我国〈合同法〉第51条的修改路径》，《东方法学》2011年第5期。

[127] 参见彭诚信、李建华《善意取得合同效力的立法解析与逻辑证成》，《中国法学》2009年第4期。

[128] 参见梁慧星《如何理解合同法第51条》，载梁慧星主编《民商法论丛》（第15卷），法律出版社1999年版。

[129] 参见王轶《物权变动论》，中国人民大学出版社2001年版，第209页。

[130] 参见崔建远《无权处分辨》，《法学研究》2003年第1期。

[131] 参见梁慧星《对物权法草案（2006年6月6日修改稿）的修改意见》，http://www.iolaw.org.cn/showArticle.asp？ id＝ 1862。

[132] 参见崔建远《无权处分辨》，《法学研究》2003年第1期。

[133] 参见王利明《合同法研究（修订版）》（第2卷），中国人民大学出版社2011年版，第606页；吴国喆：《善意取得制度的缺陷及其补正——无权处分人与善意受让人之间关系之协调》，《法学研究》2005年第4期；刘贵祥：《论无权处分与善意取得的冲突与协调——以私卖夫妻共有房屋时买受人的保护为中心》，《法学家》2011年第5期。

[134] 参见娄爱华《论善意取得制度中的转让合同效力问题——兼谈合同法第51条和物权法第106条的关系》，《法律科学》2011年第1期。

[135] 参见张家勇《无权处分的规制形式——以〈合同法〉第51条的解释为中心》，《西南民族学院学报》（哲学社会科学版）2002年第10期。

[136] 参见刘家安《善意取得情形下转让行为的效力》，《法学》2009年第5期。

[137] 参见葛云松《论无权处分》，载梁慧星主编《民商法论丛》（第21卷），金桥文化出版有限公司2001年版。

[138] 参见田韶华、包雯《论我国合同法上的无权处分合同及其效力——〈合同法〉第51条再探讨》，《法学家》2002年第2期。

[139] 参见张谷《略论合同行为的效力》，《中外法学》2000年第2期。

[140] 参见刘家安《善意取得情形下转让行为的效力》，《法学》2009年第5期。

[141] 参见叶金强《无权处分行为效力模式论》，《南京大学法律评论》2005年秋季号。

[142] 参见孙宪忠《中国物权法总论》（第2版），法律出版社2009年版，第290页。

[143] 参见李永军《物权与债权的二元划分对民法内在与外在体系的影响》，《法学研究》2008年第5期。

[144] 参见崔建远《无权处分辨》，《法学研究》2003年第1期。

[145] 参见刘竞元《从受让人角度看无权处分合同效力的类型化——兼谈我国〈合同法〉第51条的修改路径》，《东方法学》2011年第5期。

[146] 参见罗昆《合同效力瑕疵制度中的类型思维及其问题》，《法学评论》2010年第6期。

[147] 参见王利明《合同法研究（修订版）》（第2卷），中国人民大学出版社2011年版，第605页；崔建远：《合同法》，北京大学出版社2012年版，第100页。

[148] 参见韩舸友《无权处分合同效力略探——以〈物权法〉为背景》，《法学杂志》2010年第6期。

[149] 如葛云松《论无权处分》，载梁慧星主编《民商法论丛》（第21卷），金桥文化出版有限公司2001年版；孙鹏：《论无权处分行为》，《现代法学》2000年第4期。

[150] 参见蔡立东《无权处分行为法律效力新诠——合同法第51条评析》，《吉林大学社会科学学报》2002年第3期。

[151] 参见蒲菊花《无权处分的法律效力及其诉讼结构——以权利人的视角为分析路径》，《法学评论》2005年第3期。

[152] 参见田韶华、包雯《论我国合同法上的无权处分合同及其效力——〈合同法〉第51条再探讨》，《法学家》2002年第2期。

[153] 参见龚赛红、于海旭《再论无权处分合同的效力——从当事人的角度考察》，《中国社会科学院研究生院学报》2011年第6期。

[154] 参见王轶《民法典的规范配置——以对我国〈合同法〉规范配置的反思为中心》，《烟台大学学报》2005年第3期；谢鸿飞：《论法律行为生效的“适法规范”》，载《中国社会科学》2007年第6期。

[155] 参见王轶《强行性规范及其法律适用》，《南都学坛》2010年第1期。

[156] 参见许中缘《禁止性规范对民事法律行为效力的影响》，《法学》2010年第5期。

[157] 参见翟云岭《合同法总论》，中国人民公安大学出版社2003年版，第115页；陈小君主编：《合同法学》，高等教育出版社2003年版，第86页。

[158] 参见耿林《强制规范与合同效力——以〈合同法〉第52条第5项为中心》，中国民主法制出版社2009年版，第194页。

[159] 参见王轶《论倡导性规范》，《清华法学》2007年第1期。

[160] 参见钟瑞栋《民法中的强制性规范——兼论公法与私法“接轨”的立法途径与规范配置技术》，《法律科学》2009年第2期。

[161] 参见黄忠《违法合同的效力判定路径之辨识》，《法学家》2010年第5 期；黄忠：《违法合同效力论》，法律出版社2010年版。

[162] 参见钟瑞栋《民事立法的三种型态与强制性规范的配置——以公法与私法的分立和融合为背景》，《厦门大学学报》（哲学社会科学版）2008年第6期。

[163] 参见谢鸿飞《论法律行为生效的“适法规范”》，《中国社会科学》2007年第6期。

[164] 参见耿林《强制规范与合同效力——以〈合同法〉第52条第5项为中心》，中国民主法制出版社2009年版，第114页。

[165] 参见黄忠《违法合同的效力判定路径之辨识》，《法学家》2010年第5期。

[166] 方新军：《私法和行政法在解释论上的接轨》，《法学研究》2012年第4期。

[167] 参见许中缘《论违反公法规定对法律行为效力的影响——再评〈中华人民共和国合同法〉第52条第5项》，《法商研究》2011年第1期。

[168] 赞同这一区分的，如孙鹏《论违反强制性规定行为之效力——兼析〈中华人民共和国合同法〉第52条第5项的理解与适用》，《法商研究》2006年第5期；谢鸿飞：《论法律行为生效的“适法规范”》，《中国社会科学》2007年第6期。

[169] 参见谢鸿飞《论法律行为生效的“适法规范”》，《中国社会科学》2007年第6

期。

[170] 参见许中缘《禁止性规范对民事法律行为效力的影响》，《法学》2010年第5期；朱广新：《合同法总则》（第2版），中国人民大学出版社2012年版，第272页。

[171] 参见邓志伟、伍玉联《违反强制性规定合同效力的法解释学分析——目的解释与经济分析的双重视角》，《人大法律评论》2012年第1辑。

[172] 参见黄忠《违法合同的效力判定路径之辨识》，《法学家》2010年第5期。

[173] 参见许中缘《禁止性规范对民事法律行为效力的影响》，《法学》2010年第5期。

[174] 参见孙鹏《论违反强制性规定行为之效力》，《法商研究》2005年第6期。

[175] 参见黄忠《合同自由与公共政策——〈第二次合同法重述〉对违反公共政策合同效力论的展开》，《环球法律评论》2010年第2期。

[176] 参见王利明《关于无效合同确认的若干问题》，《法制与社会发展》2002年第5期。

[177] 参见张俊浩《民法学原理》（第3版）上，中国政法大学出版社2000年第3版，第253页。

[178] 参见刘凯湘、夏小雄《论违反强制性规范的合同效力——历史考察与原因分析》，《中国法学》2011年第1期。

[179] 参见崔建远《合同法》，北京大学出版社2012年版，第89页。

[180] 参见王轶《强行性规范及其法律适用》，《南都学坛》2010年第1期。

[181] 参见许中缘《论违反公法规定对法律行为效力的影响——再评〈中华人民共和国合同法〉第52条第5项》，《法商研究》2011年第1期。

[182] 参见沈德咏、奚晓明主编《最高人民法院关于合同法司法解释（二）理解与适用》，人民法院出版社2009年版，第112页。

[183] 参见韩世远《合同法总论》（第3版），法律出版社2011年版，第178页以下。

[184] 解亘：《论违反强制性规定契约之效力》，《中外法学》2003年第1期；孙鹏：《私法自治与公法强制——日本强制性法规违反行为效力论之展开》，《环球法律评论》2007年第2期。

[185] 参见邓辉《论违反强制性规范民事行为之法律效力》，《江西财经大学学报》2004年第5期。

[186] 参见黄忠《比例原则下的无效合同判定之展开》，《法制与社会发展》2012年第4期。

[187] 参见黄忠《违法合同的效力判定路径之辨识》，《法学家》2010年第5期。

[188] 参见胡智勇《私法自治与国家强制——法律强制性规范与无效民事法律行为关系之分析与构建》，《重庆工学院学报》2005年第6期。

[189] 参见宁红丽《民法强制性规范的反思与优化》，《法学》2012年第4期。

[190] 参见王轶《论合同法中的混合性规范》，《浙江工商大学学报》2008年第3期。

[191] 参见宁红丽《民法强制性规范的反思与优化》，《法学》2012年第4期。

[192] 参见苏号朋《合同的订立与效力》，中国法制出版社1999年版，第284页。

[193] 参见王利明《关于无效合同确认的若干问题》，《法制与社会发展》2002年第5期；朱广新：《合同法总则》（第2版），中国人民大学出版社2012年版，第274页。

[194] 参见解亘《论违反强制性规定契约之效力——来自日本法的启示》，《中外法学》2003年第1期。

[195] 参见黄忠《违法合同的效力判定路径之辨识》，《法学家》2010年第5期。

[196] 参见孙鹏《论违反强制性规定行为之效力——兼析〈中华人民共和国合同法〉第52条第5项的理解与适用》，《法商研究》2006年第5期；黄忠：《合同自由与公共政策——〈第二次合同法重述〉对违反公共政策合同效力论的展开》，《环球法律评论》2010年第2期。

[197] 参见李永军《合同法》（第3版），法律出版社2010年版，第334页。

[198] 参见耿林《强制规范与合同效力——以〈合同法〉第52条第5项为中心》，中国民主法制出版社2009年版，第114页。

[199] 参见冉克平《论“公共利益”的概念及其民法上的价值——兼评〈合同法〉第52条之规定》，《武汉大学学报》（哲学社会科学版）2009年第3期。

[200] 参见谢鸿飞《论法律行为生效的“适法规范”》，《中国社会科学》2007年第6期。

[201] 参见苏永钦《以公法规范控制私法契约——两岸转介条款的比较与操作建议》，《人大法律评论》2010年卷。

[202] 参见王洪亮《合同法难点热点疑点理论研究》，中国人民公安大学出版社2000年版，第153页。

[203] 参见王利明《关于无效合同确认的若干问题》，《法制与社会发展》2002年第5期。

[204] 参见李新《论相对无效合同——兼评我国合同法相关规定》，《宁夏社会科学》2001年第1期。

[205] 参见韩世远《合同法总论》（第3版），法律出版社2011年版，第170页。

[206] 参见李文涛《合同的绝对无效和相对无效——一种技术化的合同效力评价规则解说》，《法学家》2011年第3期。

[207] 参见王利明《关于无效合同确认的若干问题》，《法制与社会发展》2002年第5期。

[208] 参见王利明《合同法研究（修订版）》（第2卷），中国人民大学出版社2011年

版，第628页；张耕：《质疑无效合同效力的绝对化》，《法学》2005年第5期。

[209] 参见高桂林、郭晓明《我国相对无效合同的重新定位与类型化区分》，《广西社会科学》2012年第3期。

[210] 参见崔建远《合同效力瑕疵探微》，《政治与法律》2007年第2期。

[211] 参见鲁春雅《论法律行为补正制度的建构》，《清华法学》2011年第4期。

[212] 参见韩世远《合同法总论》（第3版），法律出版社2011年版，第180页。

[213] 参见王利明《合同法研究（修订版）》（第2卷），中国人民大学出版社2011年版，第633页；李仁玉：《合同效力研究》，北京大学出版社2006年版，第250页。

[214] 参见陈历幸《论无效法律行为的补正和转换》，《政治与法律》2006年第6期。这些论文中使用的“法律行为”一词，本书都替换为“合同”。

[215] 参见鲁春雅《论法律行为补正制度的建构》，《清华法学》2011年第4期。

[216] 参见黄忠《无效民事行为效力转换制度研究》，《法商研究》2007年第2期。

[217] 参见韩世远《合同法总论》（第3版），法律出版社2011年版，第181页；王利明：《合同法研究（修订版）》（第2卷），中国人民大学出版社2011年版，第632页。

[218] 参见张川华《无效法律行为转换探析——兼评〈中华人民共和国民法（草案）〉第67条》，《河北法学》2004年第8期。

[219] 参见陈历幸《论无效法律行为的补正和转换》，《政治与法律》2006年第6期。

[220] 参见黄忠《无效民事行为效力转换制度研究》，《法商研究》2007年第2期。

[221] 参见韩世远《合同法总论》（第3版），法律出版社2011年版，第181页。

[222] 参见谢鸿飞《论合同生效的“适法规范”》，载《中国社会科学》2007年第6期。

[223] 参见崔建远《合同法》（第5版），法律出版社2010年版，第121页。

[224] 参见王利明《合同法研究》（第1卷），中国人民大学出版社2002年版，第715页。

[225] 参见崔建远《合同法》（第5版），法律出版社2010年版，第121页。

[226] 参见王利明《合同法研究》（第1卷），中国人民大学出版社2002年版，第719页。

[227] 参见尹田《论合同无效后的财产返还》，《时代法学》2010年第5期。

[228] 参见赵莉《论〈合同法〉第58条规定的不能返还——与日本法相关规定的比较》，载渠涛主编《中日民商法论丛》第3卷。

[229] 参见熊贤忠《试论合同无效之返还财产制度——以第三人代为清偿后合同无效为研究视角》，《武汉大学学报》（哲学社会科学版）2012年第2期。

[230] 参见崔建远《合同法》（第5版），法律出版社2010年版，第122页；韩世远：《合同法总论》（第3版），法律出版社2011年版，第229页。

[231] 参见王利明《合同法研究（修订版）》（第1卷），中国人民大学出版社2011年版，第727页。

[232] 参见余冬爱《无效合同诉讼时效问题探析》，《政治与法律》2009年第1期；吴庆宝：《准确起算诉讼时效维护当事人合法权益》，《法律适用》2008年第11期。

[233] 参见王利明《合同法研究（修订版）》（第1卷），中国人民大学出版社2011年版，第669页；余冬爱：《无效合同诉讼时效问题探析》，《政治与法律》2009年第1期。

[234] 参见雷裕春《论无效合同的诉讼时效》，《广西财经学院学报》2007年第5期。

[235] 参见庞小菊《无效合同的诉讼时效争议》，《广西政法管理干部学院学报》2002年第3期。

[236] 参见雷鑫《无效合同诉讼时效问题研究》，《时代法学》2009年第5期。

[237] 参见邓宏光《我国〈民法典〉对合同无效时效限制之制度选择》，《江西社会科学》2005年第11期。

[238] 参见王利明《合同法研究（修订版）》（第1卷），中国人民大学出版社2011年版，第669页。

[239] 参见雷裕春《论无效合同的诉讼时效》，《广西财经学院学报》2007年第5期；崔建远：《合同法总论》（上卷），中国人民大学出版社2008年版，第378页以下。

[240] 参见吴庆宝《准确起算诉讼时效维护当事人合法权益》，《法律适用》2008年第11期；王利明：《合同法研究（修订版）》（第1卷），中国人民大学出版社2011年版，第669页。

[241] 参见雷裕春《论无效合同的诉讼时效》，《广西财经学院学报》2007年第5期。

[242] 参见杨少南《论无效合同与诉讼时效的适用》，《现代法学》2005年第3期。

[243] 参见余冬爱《无效合同诉讼时效问题探析》，《政治与法律》2009年第1期。

[244] 参见刘贵祥《诉讼时效若干理论与实务问题研究》，《法律适用》2004年第2期。

[245] 参见王利明《关于无效合同确认的若干问题》，《法制与社会发展》2002年第5期。

[246] 参见崔建远《合同效力瑕疵探微》，《政治与法律》2007年第2期。

[247] 参见尹田《论合同无效后的财产返还》，《时代法学》2010年第5期。

[248] 参见王泽鉴《无效法律行为之撤销》，载《民法学说与判例研究（4）》，中国政法大学出版社1997年版。

[249] 参见王利明《关于无效合同确认的若干问题》，《法制与社会发展》2002年第5

期；同旨，见张鲲《论法律行为中多重效力事由的共存》，《济南大学学报》2003年第4期。

[250] 参见赵德枢《法律上双重效果问题之探讨——无效行为得否撤销？》，载梁慧星主编《民商法论丛》（第17卷），金桥文化出版有限公司2000年版。

[251] 参见李颖《论合同法上无效与撤销制度之关系——无效行为可否撤销之思考》，《研究生法学》2000年第3期。

[252] 参见［日］松冈久和《法律行为被认定为无效后的已给付利益清算》，朱涛译，《环球法律评论》2012年第2期。

第六章　合同的履行、保全与转让（上）

第一节　合同义务的扩张

一　合同义务扩张的正当性及其表现

（一）合同义务扩张的正当性

20世纪合同法的最核心变化，无非对契约自由的限制。其表现之一，即合同义务由当事人合意决定的传统规则，已渐行渐远；合同义务的来源日益多元化，当事人的合意与制定法、法官法和习惯法一同决定了合同义务，合同法上的“义务群”日益凸显。

这一趋势很早就为国内学界体察与深思。在20世纪末，即有学者指出，在引入诚实信用作为一般契约义务并确认信赖利益保护后，合同关系已经逐渐拓展到侵权法上的一般关系，合同之债与侵权之债之间的壁垒即将解体，19世纪“精心构筑起来的完整而封闭的契约法体系摇摇欲坠”[1]。甚至有学者认为，现代合同法的发展，“在一定意义上可以说是合同关系义务群的发展”[2]。

关于合同义务扩张的理由，学者均将其归结为诚实信用原则。较典型的观点是，合同效力扩张，“蕴涵着合同法传统理论基础已由合同自由原则向诚实信用原则转移，这是世界性不可逆转的潮流”[3]。或认为，现代民法依据诚实信用原则，从动态的合同关系出发，扩张了法律所调整的合同义务，形成了缜密的合同义务群，使先合同义务、合同义务及附随义务、后合同义务均纳入了合同法的保护视野。[4]或指出，诚信原则内在要求合同义务不拘泥于当事人合同约定的内容，故合同义务的扩张不如说是合同义务的具体化与精确化。在法律上明定了诚信原则后，即使现行合同法不再规定前合同义务、后合同义务与附随义务，这些义务依诚信原则也是应当存在的。[5]

一些学者也从其他角度，分析了合同义务扩张理论的正当性。如将诚信原则转化为个人与社会、自由与秩序之间的张力，认为合同义务从契约自由决定的合同义务，到国家干预和以社会本位为中心的现代合同义务的转变，反映了合同义务走向道德化、理性化。[6]或从义

务扩张的实效——实现合同正义的终极目标出发，论证其合理性，即合同义务扩张为整个合同构建了一套完整的义务链，使交易活动有了可靠的安全阀，使个人追求利益最大化的行为转化为社会财富的最大化，有效地根治了“合法不合理”的现象，加快了交易速度，提高了交易质量。[7]

对合同义务扩张的社会背景，学者以德国附随义务理论为例作了论述。认为它是以缔约过失和积极侵害债权为中心，逐步建立起来的。[8] 其诞生的社会背景可概括为：①社会经济背景为现代社会经济生活日益复杂化；②政治理念背景为协作关系意识的扩展；③法律制度背景为传统侵权法与合同法的不足；④法伦理背景为诚信原则的超级适用；⑤法学思潮背景为自由法运动对概念法学的批判。[9]

（二）合同义务扩张的表现

尽管合同义务的扩张是现代合同法发展的不争之实，但学界对其扩张的表现，所持观点不一，差异主要在于对“合同义务”的界定。

一是对“合同义务”狭义的界定，将义务群视为合同法乃至债法的核心问题。认为现行合同法以主给付义务为规范对象，依据诚实信用原则，由近而远，逐渐发生从给付义务与附随义务。[10]

二是对“合同义务”广义的界定，则纳入先合同义务、合同履行中的附随义务与后合同义务。《合同法》实现了现代化，《合同法》第42条规定了前合同义务；第60条规定了附随义务；第92条规定了后合同义务。有学者即指出，这三个条文，是战后以来合同法上最新的发展。合同义务向前扩张，体现为合同没有成立就有义务，即前合同义务；向后扩张，体现为合同关系已经消灭还有义务，即后合同义务；在合同关系存在期间，还有当事人没有约定的义务，即附随义务。[11] 或认为，合同义务由仅发生于合同依法成立至履行完毕阶段，扩展至依法成立前至履行完毕后，现代合同法上的责任也至少已表现为违约责任、缔约过失责任与后合同责任三种形态。这样就可以借助基本的商业道德，来指导当事人正确缔结和履行合同。但是，合同义务的扩张最主要的表现是附随义务成为合同的重要内容。[12]

现代合同法上的义务扩张，既表现为义务来源的扩张（从单纯的合同义务，到包括法定义务与来自交易习惯的义务），也表现为合同义务范围的扩张，即从合同当事人扩张到当事人以外的第三人。因此，有学者指出，合同效力扩张主要体现在两方面：一是合同效力范围的扩张；二是合同效力内容的扩张。前者主要表现在：确认利益第三人合同；债的保全与租赁权的物权化；债权不可侵犯性；附保护第三人作用的合同。后者表现在：合同的效力从依附于既定的合同内

容，扩张到合同当事人之间事先不确定的权利义务的范围，体现为附随义务、先合同义务与后合同义务。[13]

二　附随义务的一般理论

（一）界定及其功能

《合同法》第60条第2款以“全面履行”为合同履行原则，不仅要求全面履行约定义务，也要求全面履行根据诚实信用、合同性质与目的以及交易习惯所发生的义务。对后者的名称，学者采用的术语有别。因其附随于主给付义务，故多称为附随义务。[14]　也有学者将其称为“照顾义务”[15]。

1.界定

附随义务是指，合同当事人依据诚实信用原则所产生的，根据合同的性质、目的和交易习惯，所应当承担的通知、协助、保密等义务。亦有学者强调，附随义务是法律没有明文规定，当事人也无明确约定，但为维护对方当事人的利益，并依社会的一般交易观念，应由当事人负担的义务。[16]

附随义务的界定主要涉及如下两个问题：

一是附随义务与从给付义务的区分。通说认为，两者的核心差异是能否独立诉请要求履行，能独立诉请的，为从给付义务，否则为附随义务。[17]　但亦有学者认为，判断某项义务究竟是主给付义务、从给付义务还是附随义务，要根据个案情况，详细考察该项义务与合同目的实现的关系、合同内容的约定、合同义务不履行的法律效果等。[18]

二是附随义务与保护义务的区分。《合同法》关于附随义务的规定与德国法不同。2002年德国债法改革后，《德国民法典》第241条纳入了附随义务，正式将其作为法定债务类型。此后，德国法上的附随义务被一分为二，分别纳入给付义务和保护义务：旨在确保履行利益实现的附随义务被纳入给付义务；旨在保护当事人固有利益的附随义务被称为保护义务。详言之，附随义务与主给付义务相对，分为与履行相关的附随义务（从给付义务）和与履行不相关的附随义务（保护义务），前者与主给付义务一道构成给付义务，发生在合同当事人之间，而不扩及社会上的一般人；后者服务于对主给付义务的准备、支持、保障和完满履行，但自身并无独立意义，与交易安全义务的功能相似，保护的是完整利益（维持利益）。[19]

国内也有学者采纳这种观点。认为附随义务主要着眼于对人的完整性等固有利益的保护，即保护人的身体、健康及生命不因合同的履行而受侵害。这样界定有助于厘清附随义务的概念，并有助于防止合同附随义务的过度扩展，以免侵犯侵权法管辖的固有领域。[20]

2.功能

通说认为，附随义务的功能在于保证债权人利益的圆满实现及保护债权人的人身、财产等法益，可区分为两种：第一，促进主给付义务的圆满实现，使债权人的给付利益获得最大可能的满足（辅助功能）。第二，维护对方当事人人身或财产上利益（保护功能）。[21] 可见，它还具有补充合同条款、弥补合同不足的功能。[22]

（二）附随义务的类型及其认定

《合同法》第60条第2款列举了几种附随义务：通知、协助、保密等。其列举并未穷尽全部的附随义务，故使用“等”字，这也表明附随义务的类型及内涵尚在发展中。[23]

通说认为，附属义务并非自始确定，而是随着债之关系的发展，在个别情形要求当事人一方作为或不作为，以维护相对人的利益。对附随义务的认定，学界多主张按合同目的认定。如认为应以与合同目的密切联系为限。是否与合同目的密切联系，首先应依合同性质、交易习惯加以确定。[24] 但是，不宜将一些与合同目的实质性关联程度较弱的协助行为轻易认定为附随义务，因为附随义务既然是诚实信用原则对合同义务的道德化要求，就不能对一方课以过高的道德义务。[25] 或主张适用综合标准，即坚持合同约定和法律规定优先、以诚信原则为基准、尊重交易习惯、适当限制等原则。具体方法有检索合同和法条、参阅先例、斟酌法理、揣摩交易习惯，并考虑合同性质、目的、利益平衡、具体情势等因素。[26]

附随义务包括哪些具体类型，学界观点不一。[27] 如有学者将减损义务也纳入附随义务。[28] 有学者还意识到，在理论与实践中，都存在附随义务不当扩张现象，主要表现为：①要求合同当事人承担合同外的“附随义务”；②将默示义务都归为附随义务；③脱离附随义务的具体表现形态，将其他合同义务当成附随义务；④将“提供必要条件”和“防止损失扩大”作为附随义务的表现形态；⑤将附随义务等同于合同履行中的诚信义务。为矫此弊，可在《合同法》第60条中增设第3款，内容为：“除法律规定外，根据合同的性质、目的和交易习惯应当由当事人履行的义务，当事人没有约定的，应当依诚实信用原则履行。”[29]

（三）不履行的法律效力

1.与债务不完全履行的关系

附随义务作为法定义务，违反它构成不完全履行，当事人应承担违约责任。但有学者认为，附随义务的目的是维护债权人的完整性利益，与主给付利益的关系较远，即便在主给付义务完全履行的场合，债务人依然有可能违反其附随义务，故应将违反附随义务从不完全履行中分离，单独作为一种义务侵害的方式。[30]

2.强制履行

通说认为，附随义务不能直接诉请履行，因为附随义务的内容不能自始确定，债权人的诉讼请求也就无法确定。只有违反附随义务造成损害时，债权人才能请求损害赔偿。[31]

但是，有学者认为，在如下情形，债权人可以请求强制履行：其一，当合同当事人的固有利益可能因对方违反附随义务而受损时，即当债务人有为一定保护措施的必要性而拒绝为之，或债务人的行为对债权人固有利益构成威胁时，债权人可以诉请债务人作为或不作为。其二，债务人已有违反附随义务的行为，且该行为处于持续或连续状态，造成重复急迫的危险时。[32]

3.损害赔偿

我国合同法理论与实践都认可损害赔偿可以作为违反附随义务的救济方式。但在具体问题上，学者间还存有争议。

（1）归责原则

与违约责任一样，学界对附随义务损害赔偿的归责原则，也存在无过错责任与过错责任的对立。

前者认为，违反合同履行中的附随义务则采无过错责任，因为附随义务以处于同等地位的一般人处理相同事务时应尽的同类注意义务为标准，该义务当事人所能认知或所应认知的义务。[33] 或认为，违反所有附随义务的损害赔偿都是无过错责任。[34]

后者认为，债务人在合同履行过程中违反保护义务且具有可归责性时，应就违反保护义务给债权人固有利益造成的损害承担赔偿责任。[35] 这种观点至少将违反附随义务（德国法上的保护义务）造成受害人固有利益损害的责任确定为过错责任。或认为，在当事人就附随义务违反的归责事由没有特别约定时，附随义务违反应以过错为归责原则。如果债务人不能证明自己即使已尽相当之注意，仍不免给债权人造成损害的，则推定债务人有过错。债务人负担重过错责任还是轻过错责任，要根据具体的合同关系中当事人的信赖程度等情况来确

定。[36]

（2）损害赔偿的范围

对损害赔偿的范围，学界存在全部赔偿与限制赔偿之争。前者认为，损害赔偿额应包括所受损失和所失利益，但受《合同法》第113条可预见性规则的限制；[37] 或认为，债务人严重违反保护义务，无法苛求债权人请求债务人履行合同义务时，债权人可以请求履行利益的损害赔偿。[38] 后者则认为，赔偿范围不应及于全部损失。[39]

值得注意的是，有学者认为，债务人违反附随义务所产生的赔偿责任基本上为固有利益的损害赔偿，而且应排除《合同法》第113条的适用。因为我国侵权法对损害赔偿的范围未作限制，若将可预见性规则适用于固有利益损害赔偿，必然造成同一问题在不同法域处理结果不同的不合理现象。[40]

4.合同解除

通说认为，附随义务的目的是最大程度实现当事人的合法利益，违反附随义务通常不产生相对人的合同解除权，但依诚实信用原则，不能再期待债权人恪守合同时，债权人有解除合同的权利。[41] 还有学者寻求立法依据，认为依《合同法》第94条第4项，当事人一方迟延履行债务或者有其他违约行为致使不能实现合同目的，当事人可以解除合同。此项后半段可解释为包含了由于债务人的过错造成合同不能履行亦为解除条件的情形。不完全履行致使债权人对债务人的给付已不可合理期待的，债权人可以解除合同。[42] 或认为应扩张解释《合同法》第94条第4项，在债务人违反附随义务，对债权人的固有利益造成侵害，以至于债权人对债务人的给付已不可合理期待时，债权人可以主张解除合同，并依据《合同法》第97条主张替代的损害赔偿。[43]

德国法对此提供了丰富的理论资源。按照德国法，在双务合同中，债务人严重违反保护义务，不能苛求债权人继续遵循合同时，“债权人享有合同解除权，合同解除权的产生不以债务人的可归责性为要件；债务人具有可归责性的，债权人在合同解除的同时享有固有利益和（或）履行利益的损害赔偿请求权”[44] 。依据《德国民法典》第324条及学说、判例，违反附随义务解除合同的条件为三项：合同的有效成立、违反附随义务、维持合同履行无法合理期待。[45]

（四）立法论

对附随义务这一学理概念，有学者认为应予摒弃。未来民法典应当按某一义务是否与给付义务相关联来区分给付义务与保护义务，前

者包括所有基于诚实信用原则产生的与履行利益相关的义务；后者则包括所有根据个案具体情况不同所产生的与履行利益不相关，仅仅旨在保护当事人固有利益的义务。[46]

德国债法现代化改革也给国内学者诸多启发。《德国民法典》第241条中增加第2款，设定了附随义务的抽象条款，不仅统一规范了合同各种阶段的附随义务，而且通过“违反义务”概念来统一各种违反附随义务的请求权基础。《合同法》并没有规定统一的附随义务概念，而是对各个阶段发生的附随义务分别作了规定。《合同法》分则也有零星规定，如第324条规定的技术情报和资料的保密义务条款等。[47]因此，未来立法可以考虑借鉴德国债法，设定附随义务的抽象条款。此外，先合同义务、合同履行中的附随义务和后合同义务既然都是建立在诚实信用原则上的，可以统一采取过错推定责任原则。[48]

三　保护义务

（一）界定与认定

合同当事人之间的保护义务是在附随义务概念的基础上发展起来的，长期以来被认为是附随义务的一个具体类型。[49]

国内学界对保护义务的讨论，主要借用了德国法的理论。德国保护义务的理论脉络大致为：它萌芽于耶林所提出的缔约过失理论、史韬布的积极侵害契约理论、西贝尔的附随义务理论，形成于克雷斯的非完全保护请求权理论与施托尔的独立保护义务理论。[50]

对保护义务成因，有学者解释为：近代的民法体系受概念法学的强烈影响，严格区分合同责任与侵权责任，人身、财产等权利的保护被视为侵权法的禁脔，合同责任仅限于保障履行利益的实现。依这种严格体系，如何处理合同当事人之间履行利益之外的人身和财产上的损害赔偿，成为传统民事责任体系的盲点。现代合同法的发展之一，即合同义务不再局限于当事人约定的义务，损害赔偿责任也不再局限于合同债务不履行时的违约责任。[51]

保护义务的成立与范围的认定，是一个理论与实践难题。有学者认为，保护义务是作为或不作为义务，甚至可以表现为解释、说明义务。保护义务在所有的合同中都可能存在，但在具体合同中，只有双方开始合同接触，一方有遭遇危险之虞且该危险超过了一般生活中的危险时，才成立保护义务。司法实践应结合如下因素综合判断：其一，危险控制原则。原则上由可以更经济、合理和有效地控制危险的一方承担。其二，收益与风险一致原则。其三，优化资源配置原则，

即哪一方提高必要的注意与谨慎所付出成本可能最少。[52]

（二）法律定性

合同上的保护义务在私法体系中的定位是侵权法与合同法的交错，也是合同法学的难题。学界的观点可概括如下：

1.合同说

合同说将保护义务作为合同法定义务的一种类型，认为应由合同法调整，其理由包括：①合同法本身具有保护固有利益的功能；②保护义务以合同关系的存在及当事人之间特别信赖关系为前提，如将该等义务从合同中分离，将造成统一合同关系的条块分割，即履行利益损害适用违约责任，而固有利益的侵害须适用侵权责任；③保护义务兴起的原因是侵权责任无法满足合同发展过程中的固有利益的损害救济，其合同义务的属性是历史形成的；④保护义务的合同性质已经在立法上获得了认可；[53] ⑤合同履行过程中的保护义务产生于合同成立后，取决于具体合同的事态发展。[54]

在《人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》和《侵权责任法》出台前，我国司法实践中涉及合同当事人保护义务的最有名的案例为“王利毅、张丽霞诉上海银河宾馆赔偿纠纷案”。该案原告因其女儿王翰在入住上海银河宾馆期间被犯罪分子仝瑞宝杀害及财物被劫，向银河宾馆索赔。一审法院认为，“任何旅客入住宾馆时，都不会希望自己的人身、财产在入住期间受到侵害；任何宾馆在接待旅客时，也不愿意出现旅客的人身、财产被侵害事件，以致影响自己宾馆的客流量。因此，根据住宿合同的性质、目的和行业习惯，避免旅客人身、财产受到侵害，就成为此类合同的附随义务。按照收费标准的不同，各个宾馆履行合同附随义务的方式也会有所不同，但必须是切实采取有效的安全防范措施，认真履行最谨慎之注意义务，在自己的能力所及范围内最大限度地保护旅客不受非法侵害。住宿合同一经成立，无论宾馆是否向旅客出具口头的或者书面的安全保护或承诺，合同的附随义务都随之产生并客观存在”。银河宾馆向旅客承诺“24小时的保安巡视，确保您的人身安全”，是自愿将合同的附随义务上升为合同的主义务，更应恪尽职守履行这一义务，银河宾馆没能履行自己的义务，应承担违约责任。[55] 本案判决理由即典型的合同说。

2.侵权说

侵权说则将保护义务视为侵权法上注意义务的表现形式，认为其应受侵权法规范，其理由为：①有助于清楚地划分合同义务与侵权法上的义务，从而实现法的安定性目的，因为保护义务可能导致合同义务内容的过度发展而成为法律不确定性的因素。合同的目的和功能是

实现履行利益，保护义务保护的是固有利益，故应由侵权法调整。②保护义务在合同成立前就已存在，其因合同订立而由侵权法上的义务转化为合同义务，在理论上无法自圆其说。③保护义务救济的是固有利益，当事人在订立合同时是不可预见的，通过合同救济将严重妨碍交易的正常进行。[56]

合同法上的保护义务与侵权法中的安全保障义务功能类似。有学者认为，《合同法》第60条、第122条、第53条等也是安全保障义务的体现。安全保障义务以法定义务为原则，以约定义务为例外。法官在处理与安全保障义务有关的案件时，应当重点考虑侵权行为的构成要件和责任范围。[57] 或认为，缔约过失或者违约行为也可能违反安全保障义务，安全保障义务应定位为法定义务，以便将之纳入侵权责任，弱化合同责任的普遍适用。[58] 上述观点均倾向于认为，合同法上的保护义务应作为侵权法中的一项法定义务。

3.合同兼侵权说

大多数学者持这种观点。如认为合同法上的保护义务以特定主体间的特别结合为前提，但在本质上，它与侵权法上的社会生活中的安保义务没有差异。不过，两种义务的成立时期等仍有所区别。[59] 合同保护义务依赖于当事人之间的特别约束关系，可以作为合同义务被纳入合同法。保护义务在我国现行法上具有合同义务与侵权法义务的双重属性，其具体定性就只能取决于个案的具体情况。“我国立法与理论在未来所面临的任务，不在于是否将保护义务纳入统一的制度构造之下，而是在法律价值所容许的限度内，使依合同法处理的效果能够在最大程度上与依侵权法处理的效果协调一致。”[60]

实务界也有人士指出，违反保护义务的案件应依所受损害的权益属性及该义务在合同中的地位分别处理：“一是经营者违反安全保障义务导致受害人财产损害，且该安全保障义务是合同主给付义务的，受害人只能提起违约之诉，如保管合同纠纷或保安合同纠纷。二是经营者违反安全保障义务导致受害人人身伤害或财产损害，但该安全保障义务不是合同约定的给付义务时，则构成侵权和违约的竞合。受害人可以选择起诉。”[61]

对合同法与侵权法中保护义务的区分，有学者建议根据合同的目的和内容作具体判断：当特定的固有利益属于合同的决定性内容时，产生合同上的保护义务。因为此时只有保护特定的固有利益，合同的目的才能实现。相反，当固有利益没有被合同目的和内容涵盖，不影响合同履行利益的完整性时，对其造成的侵害则属违反侵权法上的义务。此外，因债务人侵害固有利益，以致不能再合理期待履行利益的

实现时，应认为固有利益与履行利益有密切关系。[62]

4.独立义务说

1965年德国学者卡纳里斯提出“统一的保护关系”论，用统一的“保护义务”处理缔约上过失、积极侵害债权、合同终止后的过失及附保护第三人效力的合同等问题。[63] 这种思路也启发了国内学者。如认为，法国法上的保安债务、德国法上的保护义务、英美法上的注意义务的实质目的，均在于保护特定当事人人身和财产的完整利益。而且，合同法上信赖利益学说的发展和侵权法保护范围的扩大，使二者相互交融渗透，统一的保护义务可成为合同法上附随义务和侵权法上安全保障义务的共同渊源。二者可以统一为民法上的保护义务，并与契约法上的给付义务和侵权法上的注意义务，共同构成基本的民事义务体系。如此，保护义务可定义为：当事人基于一定的社会目的而进入交易接触，并产生相互间的信赖而负有的保护对方人身和财产权益的法定义务。“同时，从这种民事义务体系出发，形成以契约责任、侵权责任及违反保护义务的责任为三大支柱的民事责任体系，以修正传统民事责任体系的不足。”[64]

反对意见则认为，就缔约当事人固有利益保护，虽可以借鉴现行《德国民法典》的做法，将保护义务扩大适用于缔约阶段，但缔约当事人的保护义务属于法定之债，与作为意定之债的合同履行过程中的保护义务存在本质区别。未来立法可在债法总则中关于合同成立的章节中规定：保护义务亦可以产生于缔约阶段，或产生于合同当事人与第三人之间。[65]

（三）归责原则

对违反合同保护义务的归责标准，有学者指出，由于合同保护义务形态多样，不能采纳单一的归责标准。妥当的做法是分别不同情况采纳不同的归责标准：“首先按照当事人约定、法律规定加以判断，原则上约定标准优先于法定标准；在前述标准不敷适用时，对有名合同应适用违约责任的一般归责标准，对无名合同则应当考虑合同的性质、目的、内容及相关合同保护义务与合同法分则或其他法律中的规定的类似性，依最相类似的规定进行归责；如不能确立这种类似关系，则应与一般侵权实行统一的过错归责标准，并在过失责任场合实行举证责任倒置，由债务人证明自己没有过失。”[66]

四　评论

合同法领域内合同义务的扩张，是私法对合同自由的自我设限。

它体现了市民社会对私人合同关系的自我调适，其基础实际上是各种共同体思想。具体到合同领域，它假定合同当事人是一个利益共同体，彼此福祸攸关，且双方为更高共同体（某行业、商界乃至整个社会）的成员。此外，合同义务的扩张也使法律可以建构更高标准的抽象信任体系，使当事人更能放心投入交易，于鼓励交易亦有助益。学界对此均持欢迎态度，良有以也。值得思考的问题还包括：合同法定义务的统一、合同法中保护义务的定性、违反保护义务的合同解除等。

1.合同法定义务的统一

《合同法》上的先合同义务、附随义务与后合同义务能否统一？学界或援引德国法理观予以支持，其依据在于三者的根基（如诚实信用原则、当事人之间存在的特别关系）相同。统一的好处在于：法定义务与约定义务均可适用统一的违约效果，法律适用相对简单。但《合同法》上的上述法定义务产生于合同过程的三个截然不同的阶段，且目的并不完全相同，难以找到统一的法律基础。如依目前主流学说，附随义务也有保障给付利益的功能，但先合同义务则不具有这种功能。

统一论唯一可行的途径是，彻底切断附随义务与给付利益的关联，将其压缩为“保护义务”，仅保护当事人的固有利益。同时，将维护主给付利益的其他法定附随义务（通知、协力等）界定为从给付义务，与约定从合同义务一道构成完整的从给付义务体系。单就法定的保护义务而言，它完全可能存在于先合同义务、合同履行中的附随义务与后合同义务中，故这种统一论也有其合理性。

2.合同法中保护义务的定性

合同法中保护义务的发展是合同法的“侵权法化”（tortification）的表现，甚至使合同法成了“合同的侵权责任法（contorts）”。这也是吉尔莫给契约判死刑的原因之一。“保护义务崛起后，合同法不仅实现当事人的合同目的、维护交易秩序、确保交易安全，更是扩大到固有利益的保护，形成合同责任的扩张，合同法与侵权行为法固有的疆界，已不再牢不可破，鸿沟不再，界限开始变得模糊。”[67]

保护义务的对象是当事人的固有利益。在合同法中，保护义务的来源有二：一是合同约定，二是法律规定。前者是指合同的主给付义务即为保护义务，如保管合同、保安合同等。违反这类合同义务承担违约责任没有疑义。后者是指《合同法》第60条第2款规定的法定保护义务，它是学界讨论的重点。

法律如何处理合同当事人之间的保护义务及相应的责任，可供选

择的路径有：一是将保护义务纳入侵权法，适用侵权责任；二是将其规定于合同法，适用违约责任；三是侵权法与合同法各调整一部分；四是成为合同责任与侵权责任之外的新责任。英美法偏重于第一种方式，这是因为它受合同法上的约因和对价的限制，无法扩大合同法的适用范围；德国法则偏重于第二种方式，这是因为它受侵权法适用范围的约束，不得不扩张契约责任。结果是，英美法上，侵权法蚕食了合同法的地盘，德国法则造成了"侵权行为法的契约责任化"[68]。第四种方式为晚近学者讨论较多，其要旨是将契约中的各种保护义务统一，并建立独立于侵权责任和契约责任的第三种责任——信赖责任。

保护义务在中国法上如何定位，需要考虑的主要是法律体系问题，兹详述如下：

其一，学界均将固有利益作为合同法保护的对象，而对固有利益的侵害同时又构成侵权行为。如果合同法保护所有的固有利益，则违约责任与侵权责任的竞合有何意义？可见，要区隔合同法与侵权法，必然要对合同法中保护的固有利益作出必要限制。从整体上看，依合同目的与交易类型为标准，是较为妥当的。

其二，若认为合同法上的保护义务强于侵权法上的保护义务，因前者以当事人的合同关系为前提，后者则无这一前提。但如此一来，规定违约责任与侵权责任的竞合也就不再有意义，因为当事人势必选择违约责任。

其三，合同法保护义务（约定与法定）强度是否超过侵权法上的安全保障义务？尤其是保护义务的范围与归责原则是否有利于债权人。①在保护范围上，若合同的主给付义务为保护义务，基于当事人的约定，其范围自然可大于法定（合同法与侵权法）保护义务的范围；若保护义务为法定义务，则无论其来源为合同法还是侵权法上的安全保障义务，都以受保护方的信赖为前提，也都取决于个案判断，故两者的强度难以断言。②在归责原则上，违反合同法上的保护义务（约定与法定）通常不适用无过错原则，因为没有人可能绝对保障他人的财产与人身安全。以保安合同为例，债务人无过错违反保护义务的，最多丧失全部或部分合同报酬请求权，而不承担损害赔偿责任，除非合同另有约定。可见，两者在归责原则上不至于出现太大差异。③在义务的强度上，合同当事人之间的紧密关系使一方向对方开放自己的权利领域，双方的义务强度似乎强于侵权法上的陌生人之间的普通注意义务。但两者最终也都取决于个案的情景判断，难以断言合同法上的保护义务强于侵权法上的保护义务。

合同法与侵权法都存在保护义务扩张现象，这都与社会共同体思

想有关。如何妥善定位保护义务，还有很多问题需要思考："在民法典制定的大背景之下，妥当界分合同法和侵权责任法，区分两者之间的相互关系，并防止两部法律之间的内部冲突和矛盾，是民事立法和司法实践一项未竟的、仍须努力的事业。"[69]

3.违反保护义务的合同解除

违反保护义务有时并不会影响合同的主给付义务的实现，但当事人的合作关系往往因此被破坏，信赖关系更难以为继，但现行法并不许可当事人解除合同。按照德国的保护义务新理论和立法，此时债权人可以在一定情形解除合同。如甲为乙粉刷房屋，但在粉刷时毁坏了乙的很多家具，乙已经不可能期待甲再如约履行义务，而法律要求乙必须接受后续给付也未免过苛。这与违反先合同义务中的保护义务时的合同解除一样，其基础依然是关系合同理论。值得思考的是，此时若请求损害赔偿，则赔偿范围是否应包括履行利益与固有利益？

第二节　第三人利益合同

一　界定及制度的正当性

（一）界定

在最宽泛的意义上，第三人利益合同即合同当事人约定一方向合同关系外第三人为给付的合同。它是和束己合同相对的理论概念。在《合同法》颁行后，它虽然一直是研究热点，但学界远未达成共识，甚至对术语选择与该制度的界定都如此。

1.术语选择

第三人利益合同的中文表述不一，学者们为此概念选择了诸多不同的词语，如有学者总结的"为第三人之契约"、"以向第三人给付为标的之契约"、"第三人权利之契约"、"第三人给付之约定"、"第三人利益契约"、"利他契约"、"向第三人给付之契约"、"向第三人履行的合同"、"为第三人利益订立的合同"，等等[70]。

除了使用不同的名称界定第三人利益合同产生的混乱外，对同一概念，学者也在不同意义上使用。如"利他合同"是我国学界运用较多的概念，但学者在两种意义上使用：其一，用于指真正第三人利益合同，即第三人取得合同权利（利益）的合同。[71]　其二，将其等同于真正第三人利益合同与不真正第三人利益合同。在前者，第三人取得

独立的履行请求权；在后者，第三人只能受领债务人的给付，但不能向债务人主张给付请求权。[72]

对这种概念使用的混乱，有学者以利他合同为例分析了其成因。认为利他合同与向第三人履行的合同存在根本差别。前者是指债权人和债务人约定向第三人履行，且赋予第三人直接向债务人请求履行的权利。后者是合同的一种特殊履行方式，只有一次具有法律意义的财产变动。前者的效力可以扩展到未参与缔结合同的第三人，第三人可以基于合同取得履行请求权，构成合同效力相对性原则的突破。用"向第三人履行的合同"或者"向第三人给付的合同"来指称"利他合同"，主要是受日本民法以及中国台湾地区民法理论的影响。德国民法学界试图在第三人取得履行请求权与第三人不取得履行请求权这两种合同上寻求一个上位概念，即"向第三人履行的约定"[73]。

2.界定

面对这种概念乱象，本书在选择概念时颇费踌躇。为表述便利，本书将第三人利益合同分为真正第三人利益合同（亦称赋权性第三人利益合同）和非真正第三人利益合同（亦称简单的第三人利益合同）。两者的核心差异在于：前者的第三人取得合同债权和相应的诉权，可以直接请求债务人履行债务或损害赔偿；后者的第三人则不享有这些权利。但需要指出的是，也有学者将"第三人利益合同"限于真正第三人利益合同。[74]

（二）正当性

第三人合同具有缩短给付环节、节约交易成本、增加第三人债权的受偿机会等功能，学界殆无疑义。但第三人利益合同的正当性还是存在问题，因为第三人并非合同当事人，且合同当事人约定向其履行或赋予其请求权，无须事先通知第三人或取得其同意。因此，数代学者一致汲汲于解释第三人取得权利的正当性，以期与合同法的基石如合同自由、合同相对性等在体系上圆融无碍。

古典合同理论对第三人取得合同利益的理论证成有合同权利让与说、代理说、直接取得说等，但第三人利益合同的正当性论证依然是意志论。国内学界亦如此。如认为"意思自治是近代以来第三人利益合同制度得以建立的根据和源泉，第三人利益合同又与意思自治原则获得了统一"[75]。

合同法之所以应当承认和保护第三人利益合同，使之具备法律强制执行效力，根本原因是为了体现当事人的真实意思，实现当事人签约的目的。[76] 此为学界共识或将第三人利益合同效力根源归于两方面，并将其与合同正义联系在一起：基础合同当事人因双方的约定而

受合同拘束；合同当事人与第三人为实现各自利益的目的而形成的受诺人、允诺人与第三人的利益关系，是允诺人与第三人之间拘束力的基础。法律为保护第三人的信赖利益与期待利益，赋予第三人以给付请求权与损害赔偿请求权。这是合同正义的体现。[77]

但也有学者认为，从历史上看，意志理论既用于证成第三人利益合同中的第三人权利，也用于否定第三人权利，“扮演了阻碍物的角色又发挥了催化剂的作用”[78]。由于第三人问题实现了从“二人关系”向“三人关系”模式的转化，因此第三人权利的证成需尊重各方意志。为第三人利益合同尤其是赋权型为第三人利益合同所形成的“三人模式”，虽然确保了合同当事人的意志自由，但限制了受益第三人的意志自由，法律应强化第三人的拒绝权。因为立法以受约人基于赠与原因对第三人授予利益为基本规范类型，在适用于其他规范类型时，可能对第三人产生明显的风险。[79]

二　《合同法》第64条与真正第三人利益合同

《合同法》第64条规定：“当事人约定由债务人向第三人履行债务的，债务人未向第三人履行债务或者履行债务不符合约定，应当向债权人承担违约责任。”该条规定颇为简约，在解释论上引发了热议。其核心是：它是否肯定了第三人对债务人的履行请求权？换言之，它是否确认了真正第三人利益合同？

（一）肯定论

肯定说的核心要义有二：一是尊重当事人意思自治；二是第三人取得合同债权是公平的。它又可细分为如下两种：

1.宽泛肯定说

认为该条同时包含了真正和非真正利于第三人利益合同，即包括“债务人向第三人履行债务的规则以及第三人向债权人履行债务的规则，这就是通常所说的涉他合同”[80]。该条包括了两种情况：一是涉他合同（第三人利益合同、为第三人利益订立的合同、向第三人给付的合同），即合同约定由一方向第三人为给付，该第三人即取得直接请求给付权利；二是第三人代债权人接受履行，即合同双方约定由债务人向第三人履行债务，此时第三人并不独立享有合同权利和义务。债务人不向第三人履行或履行不适当时，第三人无权要求债务人向其继续履行或承担责任。[81]

针对否认《合同法》第64条为真正第三人利益合同的观点，有学

者指出，承认而不是否认我国《合同法》第64条规定的合同系真正第三人利益合同更有利于第三人，更有利于体现第三人利益合同制度的立法目的。第三人利益合同不一定赋予第三人直接的给付请求权，突破合同的相对性与否亦非认定这种合同类型的标准，《合同法》第64条所规定的仍为真正第三人利益的合同，如此定性与定位利大于弊。[82]

2.有限肯定说

认为该条仅包括真正第三人利益合同，或其规范的重点是真正第三人利益合同。这首见于《合同法》立法机关官员的观点。认为依据《合同法》第64条规定的向第三人履行的合同，债务人向第三人履行债务，第三人直接取得请求权。如保险合同约定保险人向作为第三人的被保险人或受益人履行，被保险人或受益人享有保险金请求权。第三人未取得请求权，则不是真正的第三人利益合同。[83]

这种观点多从立法目的与规范价值入手分析。如认为，《合同法》仅规定债务人不向第三人履行或不适当履行时应向债权人承担违约责任，并未赋予第三人任何独立的法律地位。但是，对《合同法》第64条应解释为，第三人享有直接请求权，否则该规定的目的就无法实现。[84] 此外，《合同法》第64条虽然可以纳入“经由被指令人而为交付”，但它真正规范价值及重心应该在狭义的向第三人履行的合同。否定说虽符合逻辑，但其解释结论会使此类案型缺乏法律依据，也使第64条的规范意义大为降低。因为合同相对性原则本属当然之理，即使不特设第64条，亦属当然。[85]

尽管如此，肯定说是否符合《合同法》第64条的体系解释与文义解释，仍存在疑问。肯定说的辩护意见主要如下：

其一，并不违反体系解释。首先，合同履行是合同效力的表现形式之一，合同的效力包含合同的履行在内。其次，《合同法》未设“合同分类”一章，第三人利益合同作为一类合同，放置于“合同的履行”表明立法者更关注其履行问题，无可厚非。最后，结合《合同法》第65条，第64条应为第三人利益合同的规定。[86]

其二，并不违反文义解释。首先，第64条未明文否定第三人的履行请求权，解释上即为两可，因此纳入真正第三人利益合同并非扩张解释。其次，在文义上，明定债务人在违约场合向债权人承担违约责任的同时，也并不排除债务人向第三人承担违约责任的可能，且由于两类责任的内容不同，不存在债务人承担“双份责任”问题。[87]

（二）否定论

否定说的出发点与解析路径是：基于体系解释与文义解释；基于

合同相对性规则；认为非真正第三人利益合同具有独立的规范价值；肯定论并无法律适用实益。

1.基于体系解释与文义解释

首先，从体系解释看，第64条位于《合同法》“合同履行”一章，可见，立法者是将向第三人给付作为债务履行的一种特殊方式规定的，完全属于第三人履行规则。[88]

其次，从文义看，第64条并不复杂，“它的意思甚至是很清楚和明白的，从字面出发就可以得知它的宗旨和内涵”[89]。肯定论违反了法解释的基本原则，“几乎是与此条规毫不沾边地进行理论发挥，试图通过借鉴国外学说来重新建构利他合同的规范体系”。与其如此，不如明确地承认中国《合同法》存在一个关于利他合同的法律漏洞，然后运用法律漏洞填补技术来引入这一制度。我国法确立了合同自由原则、提存制度、保险合同、运输合同等一系列制度，法律填补并不难。[90]

2.基于合同相对性规则

否定论认为，第64条坚持了合同相对性规则，将该类合同的效力限制在合同当事人之间，第三人并没有取得直接向债务人请求履行的权利。债务人不履行债务时，也不对第三人承担违约责任而是对债权人承担违约责任。此类合同只发生普通合同的效力。[91]或指出，《合同法》第64条和第65条虽然借鉴了中国台湾地区《民法》第268、269条，但它仅规定债务人如不向第三人履行或不适当履行时，应向债权人承担违约责任，并未赋予第三人任何独立的法律地位。因此，第64条确立的并非第三人利益合同，而是“经由被指令而为交付”[92]。或认为，判断一个国家是否承认一般意义上的为第三人利益的合同，其标准在于是否承认第三人请求强制执行的权利。《合同法》第64条不承认第三人的强制执行权，故我国法不承认真正第三人利益的合同。[93]

3.非真正第三人利益合同具有独立的规范价值

在比较法上，《德国民法典》第329条、《瑞士债务法》第112条第1款、《奥地利民法典》第881条第1款、《葡萄牙民法典》第444条第3款、美国《第二次合同法重述》均规定了第三人无请求权的第三人利益合同。此外，对真正第三人利益合同，其他国家或地区的法律均明确规定了第三人的履行请求权。我国《合同法》没作规定虽然减损了其规范意义，但并非全无意义，因其确认了简单的第三人利益合同的有效性，亦为合同相对性规则的例外。[94]第64条涉及“现实生活中多种多样的法律行为类型，其本身具有独立的且不可忽视的规

范意义”[95] 。

4.肯定论并无法律适用实益

真正第三人利益合同制度存在诸多规范建构的可能性，如在第三人取得权利的方式、时间、条件、受益人的拒绝权、立约人的撤回权、抗辩权体制等关键问题上，都可能存在不同的立法体例，非常容易出现解释论上的分歧甚至对立。[96]

值得注意的是，最激进的否定论观点认为，《合同法》第64条和第65条“根本未赋予第三人以任何法律地位”，它规定的“约定向第三人给付”，其性质只能认定为“经由被指令人而为交付”。“约定由第三人给付”亦只能作同样认定。它们主要针对因“转手买卖”而发生的当事人约定由出卖人直接向次买受人交付标的物、次买受人直接向出卖人支付货款的情形。在债务人不向第三人为给付或者第三人不向债权人为给付时，债务人均依其与债权人之间的买卖合同承担违约责任。由此，债务人与债权人之间关于“向第三人给付”及“由第三人给付”的约定，根本不具有任何法律效力，不能产生变更或者限制当事人之间原有法律关系内容的任何效果。[97]

（三）《合同法司法解释二》第16条的解释论

《合同法司法解释二》第16条规定，法院根据具体案情，可以将《合同法》第64、65条规定的第三人列为无独立请求权的第三人，但不得依职权将其列为该合同诉讼案件的被告或者有独立请求权的第三人。这是否明确了第三人不享有履行请求权？有学者持反对态度。因为该条强调了“根据具体案情可以”，而《合同法》第64条和第65条中的第三人都可以作为无独立请求权的第三人。理由是：其一，第64条包括有履行请求权的第三人和无履行请求权的第三人两类情形。在前者，有履行请求权的第三人直接作为原告提起诉讼，要么作为一个独立的诉讼，要么列为有独立请求权的第三人。没有提起诉讼的，自然不能列为有独立请求权的第三人。其二，第65条的第三人是合同“义务”主体，而不是合同权利主体，故以当事人为无独立请求权的第三人没有问题。[98]

三　真正第三人利益合同的制度构造

第三人利益合同分为真正第三人利益合同与非真正第三人利益合同，到底系哪一种，通常由当事人明确约定或法律直接规定。无法定或约定情形应认定为何种类型的利他合同，是一个解释问题。[99]　学界研究的重点是真正第三人利益合同的制度构造。

（一）三方关系的定性

学者大多沿袭德国法理论，将三方关系中的各方称谓界定为：①约定向第三人给付的债务人，称“立约人”或“允诺人”；②与立约人约定向第三人给付的人，称“约定人”或“受约人”；③因立约人和受约人之间的合同而受益的人，称“第三人”或“受益人”。

三方的法律关系为：①债权人与债务人之间为“补偿关系”（抵偿关系），属广义的债之关系。其中，立约人将对第三人的给付作为其在补偿关系中对受约人请求权的对待给付，该给付和立约人对受约人的请求权相互抵偿。②债权人和第三人之间是“给与关系”（对价关系），它决定了第三人取得给付的原因。债权人必然基于一定的法律原因才赋予第三人利益，这种原因包括：法定原因（主要体现在亲子之间相互抚养义务）；赠与原因；清偿原因（为清偿对第三人的债务）。③债务人和第三人之间是“履行关系”（执行关系或直接加利行为），一般不产生合同上的给付义务。[100]

（二）补偿关系：合同债权人与债务人

1.合同解除权

债权人与债务人约定赋予第三人合同权利且第三人表示接受后，未经第三人同意，债权人与债务人可否直接解除其与债务人之间的合同？这对第三人利益影响甚大，也涉及合同当事人的利益，故为补偿关系中最重要的问题。

（1）债权人的解除权

通说肯定债权人享有法定解除权，债务人违反向第三人履行的义务，符合法定解除的条件时，债权人应享有法定解除权。理由主要为：债权人依然是合同当事人；第三人取得的权利是以债权人的合同权利为前提的，不能因第三人取得了权利就完全剥夺了债权人的基本权利。[101] 或依据情形申论理由：①在双务合同场合，债务人违约致使合同目的不能实现，债权人通过行使解除权达到自己债务解放的目的，是解除制度的重要功能之一。②当事人无特别约定时，推定债权人保留解除权，通常符合当事人的意思。③第三人因债务人违约遭受损害时，其损害赔偿请求权不因合同解除而归于消灭，其利益并不当然因债权人解除合同而受损害。[102]

债权人违反向第三人履行义务时，债权人行使法定解除权通常会损害第三人利益。有学者指出，债权人行使法定解除权应征得第三人同意，以保护第三人利益。[103]

（2）债务人的解除权

若债权人违反合同的，债务人是否可以行使法定解除权解除合同，学界意见不一。

肯定说认为，当意思表示具有撤销事由或当事人约定的解除事由发生，债务人可行使撤销权或约定的解除权，也无须第三人同意。[104]

折中说则认为，无论是法定解除权还是约定解除权，第三人一旦以书面形式表示接受合同或依赖合同后，除非征得其同意，当事人不能变更或解除合同。在第三人没有同意时，当事人的合同变更权和解除权也必须受到限制。具体标准取决于建立第三人利益合同制度的宗旨和该合同的特征。在不损害第三人现存利益时，可承认当事人变更和解除合同的共同意思表示。[105]

2.债权人的损害赔偿请求权

在真正第三人利益合同中，债权人并没有退出合同。债权人可以请求债务人向第三人为给付，而不能请求债务人向自己给付。因此，通说认为，在债务人不履行债务时，债权人与第三人均有损害赔偿请求权。但是，两者的赔偿请求权之内容存在差异：第三人可请求债务人赔偿其因未向自己为给付所生损害，债权人只能请求赔偿因债务人未向第三人为给付致造成的损害。[106] 但也有学者认为，应限制债权人的损害赔偿请求权，在债务人向第三人履行对债权人有特别利益的场合，债权人才有其独立请求损害赔偿的权利。[107] 此外，债权人依据法定条件解除合同的，第三人享有损害赔偿请求权；债权人也可就其自身所遭受的损害，向债务人主张损害赔偿。[108]

若第三人与债权人的损害赔偿请求权不一致，应优先满足债权人的请求还是第三人的要求？有学者指出，此时应依据两种请求权的内容与合同目的考虑，因为合同是为第三人利益而订立的。如第三人提出重作请求时，应满足其请求。[109]

在第三人利益合同中，第三人与债权人各自享有独立的救济权，但债务人不应承担双重损害赔偿责任。为避免出现双重诉讼风险问题，有学者指出，大陆法采取的措施是：债权人和第三人同时起诉时，债务人可以请求合并审理，或者请求追加第三人或债权人进入诉讼。[110]

3.第三人利益约款的变更与解除

在真正第三人利益合同中，债权人和债务人能否变更或解除第三人利益约款，关乎第三人的根本利益。通说认为，第三人在作出接受利益的意思表示后，合同当事人即不得再变更或撤销该约款，但特殊情形例外。如认为，合同当事人不得随意变更或撤销第三人利益约

款，除非当事人在订立合同时保留变更权、撤销权，或经第三人的同意，但法定的变更、撤销无须经过第三人的同意。若合同约定在债权人死亡时第三人才取得利益的，债权人在死亡前均可以修改或撤销第三人利益约款；当事人明确保留变更权或解除权或约定与法定规则不同的，应适用当事人的约定，但当事人负有通知、提醒第三人的义务。当事人的约定优先适用，其次适用特别法，最后适用合同法。[111] 或认为，债权人与债务人没有明确约定是否可撤销或变更第三人的债权时，不能简单推定债权人放弃撤销权或变更权。只有在第三人向债务人主张其接受基础合同所赋予的权利之后，才排除债权人的撤销权或变更权，因为此时第三人已经产生了信赖。[112]

（二）对价关系：第三人与债权人

第三人利益合同的当事人在没有取得第三人同意时为其设定权利，可能有害第三人的意志自由。故通说认为，第三人可以拒绝他人为其设定的权利，第三人行使拒绝权可以使第三人利益约定自始无效，且拒绝的意思表示无需特殊形式。[113] 还有学者明确指出，第三人接受利益的意思表示是单方意思表示，第三人的接受或拒绝性质上属于形成权。由于第三人接受的利益具有较强的财产色彩，通常可构成继承、债权人代位权等权利的客体。而且它系纯获利益的行为，故第三人为限制民事行为能力人的，亦可单独作出。原则上，第三人受益与否的意思表示可向合同任何一方当事人作出。第三人拒绝接受合同利益的，视为自始未取得其权益。[114] 此时，合同约定的利益将由合同债权人或该债权人的继承人获得。[115]

通说认为，第三人取得的债权与基础合同的债权不同。前者为第三人独立要求债务人向其本人为给付的权利；而后者为债权人要求债务人向第三人为给付，但无权要求债务人直接向自己履行的权利。在真正第三人利益合同中，债务人无法通过向债权人直接履行来免除自己的债务，但债务人并不负担双重债务，第三人与债权人的债权都基于债的消灭事由同时消灭。[116]

对第三人能否转让其取得的债权，有学者认为，第三人享有的受益权是合同当事人指定的，因此只能由第三人享有，不能任意移转和继承。但第三人可以将其债权与债权人的债权进行抵销。[117]

债务人向第三人履行后，若债权人和债务人之间的基础关系被撤销或被解除，各方之间的不当得利请求权，是第三人利益合同中的一个难题。有学者适用第三人与债权人的法律关系为标准：若第三人和债权人之间存在双务法律关系，债务人应向债权人主张不当得利请求权；若债权人系无偿给予第三人利益的，债务人应直接向第三人主张

不当得利的请求权；在债务人因错误而多为给付或重复给付时，同样有权要求第三人返还不当得利；在基础关系及债权人和第三人之间的对价关系都无效时，丧失利益者应分别向各法律关系中的不当得利人依次求偿。[118]

（三）执行关系：第三人与债务人

第三人可以向债务人请求给付，是第三人利益合同的题中之意。通说认为，第三人取得的权利来源于债权人与债务人之间的合同，不能大于债权人的权利，因此债务人可以向第三人主张基础合同产生的一切抗辩。如有学者指出，第三人向合同债务人行使直接请求权时，合同债务人可以对利益第三人主张他原本可以对合同债权人主张的抗辩。[119] 在第三人提出给付请求时，债务人可以通过主张合同不成立、合同无效、可撤销等提出抗辩，但所援引的债权人事由必须基于合同发生。如债务人主张与债权人所负债务抵销，则不得对抗第三人。[120] 或明确指出，债务人对第三人可以享有的抗辩为：合同无效、被撤销，迟延性抗辩权，永久性推迟抗辩权；不享有的抗辩种类包括：基于债权人和第三人之间法律关系的抗辩和基于基础合同之外的原因产生的抗辩。[121] 可见，债务人根据合同可对抗债权人的一切抗辩，均可对抗第三人。

亦有学者指出，如果债权人与债务人之间的合同为双务合同，债务人向第三人负担的债务与债权人对债务人负担的债务就具有牵连关系，故在解释上宜认为，可适用同时履行抗辩及风险负担规则。[122]

债务人违反向第三人履行合同的义务的，债权人按照约定有权请求其向第三人履行或向第三人赔偿损失；第三人也有权请求债务人履行或者赔偿损失。[123] 但第三人并非合同的当事人，对合同是否解除没有利害关系，故不能解除基础合同，若允许第三人轻易解除他人合同，有可能违反合同债权人的意愿。[124]

四　《合同法》第64条的立法论

鉴于《合同法》没有明确规定真正第三人利益合同，诸多学者都提出了立法论建议。

（一）体系编排

《合同法》第64条将第三人利益合同规定于“合同的履行”一章。对这种立法例，学界看法不一。

维持现状论者认为，《合同法》没有必要采取德国民法典的做

法，即在“向第三人履行的约定”的标题下，规定“真正第三人利益合同”与“不真正第三人利益合同”，而是可以考虑在“合同的效力”章，规定真正第三人利益合同；在“合同的履行”章，规定“不真正利他合同”。这样的处理方法在逻辑上更加贯通，也无须触动《合同法》第64条。如果采用德国式的立法结构，在中国的合同法结构中，就很难找到恰当的位置来处理内容相当独特的“向第三人履行的约定”[125]。

改变论则认为，第三人利益合同主要与合同效力相关，而非单纯合同履行问题，故宜作效力规范而非作合同履行问题对待。[126]

（二）内容设计

在第三人利益合同的具体内容层面，学界也提出了诸多建议。如认为，我国制定民法典时宜按如下标准设计：①合同必须是为第三人利益，而非为当事人双方的利益；②该第三人对于债务人享有直接的请求权；③该直接的请求权是基于该第三人利益合同而产生的；④债务人向第三人给付的义务来自于第三人利益合同，而非其他法律根据；⑤向第三人履行债务是以债务人自己的名义，而非以债权人的名义。[127] 或直接设计条文：“债权人和债务人可以约定由债务人向第三人为履行，第三人就此享有独立的债权。第三人放弃该债权的，如果没有明确约定，债权人保留该债权。就第三人是否享有独立的债权发生疑问的，通过合同的目的解释决定之。”[128]

在立法变革之前，有学者认为，对《合同法》第64条，可通过司法解释阐明其准确含义以限定其适用范围：其一，将第64条中的“当事人”解释为“合同当事人”；其二，将第64条解释为“经由被指令人而为交付”，且注明“但当事人约定使第三人取得对债务人的直接请求权或依合同性质及交易习惯可推知当事人有此种意思者除外”。[129]

五　从利他合同到“利他法律行为”

利他合同、债务免除、遗赠等制度的目的均系一方直接赋予对方纯粹法律上的利益，有学者试图整合这类法律行为，将“利他合同”扩大为“利他法律行为”。现代民法理论对利他合同与赠与等采取了完全不同的规范模式，可以概括为合意模式（需受益人同意）、纯粹的单方行为模式（不以受益人的同意为要件，受益人可以直接取得法律上的权益）和修正的单方行为模式。但是，这类法律行为存在共性，可称为“利他法律行为”，应进行一般化处理，统一采用修正的单方行为模式。具体而言，当法律行为的目的是为了赋予第三人以法律上的权利或者利益时，法律行为可以具有涉他效力，即可以未经该第三人同

意，对其直接产生法律效力；但第三人享有拒绝权，可以通过行使拒绝权，使该法律行为溯及既往地不对自己的法律领域产生效果。对采用了其他模式的利他法律行为，应按照修正的单方法律行为模式进行改造，或在保留合意模式的现有法律行为类型的同时，设置采用修正的单方行为模式的新类型法律行为。[130]

批评者指出，法律行为的涉他效力问题，不可能从意思自治原则出发，用一个统一的理论来说明，更不可能发展出一套统一的规范模式。使他人纯获利益的法律行为，其成立或者生效要件是否应包括受益人的同意，难以一概而论，必须在具体类型的层面上谨慎分析。在通常情形，合意模式而非修正的单方行为模式是最好的规范模式。在具体的法律行为类型中，“合意模式”可以被构造为一个合同，也可以不是合同。如即使认为受遗赠人必须表示同意后才能取得受遗赠权，也不意味着遗赠因此成为一个合同。[131]

六　评论

无论第三人是否直接取得合同权利，他何以最终取得并保有给付利益，涉及合同自由、意志论、合同相对性与合同效力扩张等合同法学的根本主题，历代私法学者为之可谓殚精竭虑。《合同法》通过后，我国学者亦为此付出了大量心血。以下略陈私见。

1.第三人利益合同的正当性

在法学史上，第三人利益合同长期面临合法性问题的折磨，尤其是它与合同相对性的关系。这更多源于合同关系二人模式的思维定式，而并非合同相对性与第三人利益合同真的势如水火。有学者认为，英国之所以长期以来恪守合同相对性原则，根本原因是缺乏大陆法意思理论的渗透。在大陆法现代合同相对性的形成过程中，意思理论发挥了关键作用。[132] 实际上，按意志论，第三人有拒绝与接受的权利，而且其意志并不在于参与到他人的合同全过程，仅体现为接受合同利益，各方的意志都得到了尊重，且并不违反合同相对性。

2.《合同法》第64条的解释方法

学界争议的核心是《合同法》到底有没有确认真正第三人利益合同？这一争议的结论并不重要，重要的是方法论，即解释法律文本的方法。

《合同法》第64条的表述似乎更在于申明合同相对性规则中的责任相对性：“债务人未向第三人履行债务或者履行债务不符合约定，

应当向债权人承担违约责任。”《合同司法解释（二）》似乎也受此影响，力图体现第64条规定的合同相对性规则。解释法条首先当然要从文义出发，依此，《合同法》似乎并没有确认真正第三人利益合同。此时：①若承认该条确认了真正第三人利益合同，超出了文义，其实已是一种扩张解释，虽然是合目的性的扩张解释。②《合同法》是否应明确规定真正第三人利益合同？这其实是立法论问题。方案又有两种：其一，认为《合同法》无须多此一举，其前提当然是现行法可以解决这一问题，如依据契约自由原则。但按此逻辑，《合同法》的规定应大大瘦身，甚至无须《合同法》。其二，提出真正利益第三人合同的具体立法建议。

我国合同法学界对《合同法》的解释很大程度上是依德国法或其他域外法理论，这未必不是一件好事，至少它会产生知识增量，使合同法学更为丰富，也为司法与立法提供了智力支持。但若论战者能彼此了解对方的立场，未几可省却诸多不必要的争议。因为各方的共同点是：真正第三人利益合同，是不可或缺的。不过以何种方式在中国落地，各方有不同偏好而已。

3.第三人利益合同中的不当得利

第三人利益合同中的各合同关系，学者已阐发很多，完善了我国的合同法学理论。三人关系中涉及的不当得利问题尚需深入研判。如甲基于合同欠乙100元，甲对丙取得了100元的合同债权。甲为了清偿对乙的债务，甲与丙在合同中为乙设定了100元合同债权的请求权，丙应给付100元于乙。若甲丙之间的合同撤销，则丙应向何人主张不当得利，理论上难以圆通解释。在指令向第三人给付与债权让与中也存在类似问题。如甲向乙购买设备一台，其后将其对乙的债权转让给丙，并通知了乙，乙即向丙交付了设备。后甲乙之间的买卖合同不成立、无效、被撤销或被解除，乙应向何人主张不当得利？上述情形若不能得到很好地理解解说和制度安排，第三人利益合同将会始终岌岌于合同之林。

第三节　同时履行抗辩权与先履行抗辩权

一　同时履行抗辩权

（一）正当性及其功能

双务合同最重要的特征是双方互负债务，互有债权。债权债务关

系相互依存，具有三种牵连关系：成立上的牵连关系、履行上的牵连关系和存续上的牵连关系。正是这些牵连性产生了双务合同中的履行抗辩权。故有学者明确指出，同时履行抗辩、不安抗辩权体现的主要是双务合同功能上的牵连性，即合同义务在履行中的牵连性。[133]

同时履行抗辩权的观念基础，是“一手交钱，一手交货”这一朴素交易观念。学界亦强调诚实信用原则在此制度形成中的作用，认为公平对待双务合同的双方是同时履行抗辩权的重要精神。[134]

同时履行抗辩权的功能主要体现在如下方面：一是保障债权的功能，“就其防患于未然这点来讲，作用较违约责任还积极，比债的担保亦不逊色”[135]；二是作为合同当事人私力救济的手段之一，兼具“避免授予信用”及“增施履行激励”双重功能[136]；三是促进纠纷解决与增进双方协作。[137] 亦有学者将其归结为三个理由：其一，尊重私法自治。在出现履行障碍时，合同法不直接消灭合同关系而赋予合同当事人的抗辩权，既体现了合同自由原则，又不失公平正义。其二，鼓励交易，促进流通。为确保经济的发展，不应动辄消灭合同关系。其三，以规则的多样性取代规则的单一性。当合同一方根本违约时仅仅赋予对方解除合同的权利，未若许可对方选择解除合同还是行使抗辩权。[138]

当前学界多从大陆法角度分析同时履行抗辩权，但学界亦很早就关注英美法上的功能替代制度。普遍认为，英美法通过“条件”理论处理大陆法上的同时履行抗辩权，即一方中止履行权成立的前提是：双务合同明示或者默示地使债务彼此互为条件，而且须一方构成根本违约。[139]

（二）构成要件

《合同法》第66条规定：“当事人互负债务，没有先后履行顺序的，应当同时履行。一方在对方履行之前有权拒绝其履行要求。一方在对方履行债务不符合约定时，有权拒绝其相应的履行要求。”学界对其解释的重点如下：

1.双方互负债务

“互负债务”多被转化为双务合同中的对价关系（对待关系），即双方所为给付相互依存，互为因果。它存在于双务合同中，而在单务合同和不真正的双务合同中则不存在。[140] 在这类合同中，一方愿意负担履行义务的原因是使对方当事人因此负有对待履行的义务。故有学者认为“当事人互负债务”这一表述并不准确，因为它应当特指在一个双务合同中当事人双方互负义务。如果一个是合同上的债务，一个是侵权上的债务，显然不能行使同时履行抗辩权。[141]

对“当事人互负债务”的研究重点是：如何认定给付的对价性或相应性；从给付义务是否构成对抗给付；附随义务是否构成对抗给付。

其一，如何认定给付的对价性或相应性。依契约自由原则，对价关系并非双方的给付客观等值，而只要求当事人主观上认为等值，因此双务合同的主给付义务通常均具有对价关系，应无疑义。此外，有学者认为应考虑双方的特别约定。如当事人特别约定数项债务之间具有对应关系，应认为两者之间具有对应关系。如“乙方付款后10天内甲方应交付房屋和房产证，但乙方应向甲方提供必要的资料”。此时，交付必要的资料与交付房屋和房产证就构成对待给付。[142]

其二，从给付义务是否构成对抗给付。从给付义务与主给付义务之间通常不成立对价关系，但通说认为存在例外。如果从给付义务的履行与合同目的的实现具有密切关系时，从给付义务与主给付义务之间亦存在同时履行关系，可产生同时履行抗辩权。[143]

其三，附随义务是否构成对抗给付。因其不构成对待给付，原则上应排除同时履行抗辩的适用。[144] 或认为，违反合同附随义务导致合同目的不能实现的场合，亦可适用同时履行抗辩权；[145] 在当事人具体明确将某种附随义务约定为主给付义务时，无疑应当尊重当事人的意思，将其认定为主给付义务。[146]

2.债务均已届清偿期

有学者认为，双方债务已届清偿期应视具体情况最终确定，有的场合应界定为清偿期届至，有的场合应界定为清偿期届满，有的场合界定为两项债务的履行期相重合的期间。[147] 或指出，在履行期是一投期间的场合，“已届履行期”理解为“届至”的原因是，履行期到来，债权人才可以请求债务人履行债务，债务人才有可能抗辩。债务人是否同时存在履行期尚未届满的抗辩权，不应一概而论，应进一步区分期限利益归属于哪一方当事人。如果期限利益归属于债务人，债务人可以抗辩。[148]

3.提出履行

有学者将同时履行抗辩权的条件之一表述为“不履行或未提出履行”[149]，与《瑞士债法典》第82条类似。但也有学者认为，原告已向对方提出履行债务的，被告也有权援用同时履行抗辩权。因为提出履行不意味着原告已作出实际履行，更何况在提出履行后，也可能会发生迟延履行、不适当履行等违约行为。[150]

4.未为适当履行

《合同法》第66条只是规定“一方在对方履行不符合约定时，有

权拒绝其相应的履行要求”，与第107条关于违约责任构成要件规定中的“履行合同义务不符合约定”一致，均不要求“不符合约定”须达到一定的严重程度。

但几乎所有学者都认为，“不适当履行”应受诚实信用原则的限制，而不能理解为不论违约行为的性质和后果，只要一方违约的，对方就可以行使同时履行抗辩权。如认为，履行障碍的严重程度虽非同时履行抗辩权构成的必须考量因素，但仍应以诚信原则规范该抗辩权的行使。[151] 还有学者还尝试使《合同法》第66条中的“相应的履行要求”具体化，认为应在司法解释中，将“相应的履行要求”解释为与不符合约定的部分或行为相适应的履行要求。“不符合约定的”履行包括瑕疵履行，但瑕疵轻微时不能援用同时履行抗辩权。[152]

对不当履行的形态，学界讨论的情形主要有两种：一是部分履行；一是迟延履行。

其一，部分履行。原告已为部分履行，依其情形，被告若拒绝履行自己的债务违背诚实信用原则时，不得主张同时履行抗辩权。[153] 或将其细化为两种情形：一是双方债务均为可分之债时，一方部分履行时，对方可按照比例拒绝履行；二是在瑕疵履行及一方不完全履行不可分之债时，此时不存在量化标准，应诉诸诚实信用原则解决。[154]

其二，迟延履行。有学者认为，此时必须考虑期限对当事人的意义：若履行期限并不影响当事人的订约目的，一方迟延履行后，另一方必须要催告其在合理期间继续履行，在该期限到来后仍不履行的，另一方可以行使同时履行抗辩权；若履行期限直接影响当事人的订约目的，另一方可以行使同时履行抗辩权。如果一方已提出履行，他方已接受履行，则不得再主张同时履行抗辩权。[155]

（三）适用范围

1.合同中的同时履行抗辩权

合伙是否属于双务合同而适用同时履行抗辩，学界见解不一。主要观点如下：

（1）否定说

认为合伙人订立合伙合同的目的不在于交换财产，而旨在经营合伙事业，某一合伙人履行其出资义务不是为了换取另一方的对价，而是为了形成合伙财产，故不能适用同时履行抗辩权，只能适用违约责任。否则不仅难以形成合伙财产，而且也使合伙事业难以经营。[156]

（2）折中说

如认为在两人合伙的情形，同时履行抗可适用，但在三人以上合伙的情形，不应适用。[157] 或认为，合伙人为三人以上时，能否行使同时履行抗辩权应具体分析。如甲已依照合伙合同的约定履行了出资义务，乙、丙尚未出资，如果甲向乙请求出资，乙不能以丙尚未出资而行使同时履行抗辩权拒绝甲的请求。此外，当执行合伙事务的合伙人请求某合伙人履行出资义务时，该合伙人也不得以其他合伙人未出资为理由而主张同时履行抗辩权。因为合伙具有团体性，执行合伙事务的合伙人系基于合伙团体的立场为请求的。[158] 业务执行人的出资请求源于合伙人的共同授权，合伙人自然应放弃对被授权人的对抗，否则即构成违约。[159]

2.扩张适用

同时履行抗辩权制度主要适用于双务合同。从“类似事项、相同处理”的原则出发，学界亦赞同扩张适用《合同法》第66条。

学界对同时履行抗辩权扩张的见解略有不同。但均认为，原给付义务的延长或者变形也构成对待给付。详言之，包括如下情形：债务不履行的损害赔偿请求权或让与请求权；因合同不成立、无效、被撤销或解除而产生的相互义务；为第三人利益合同、债权让与及债务承担都有适用余地。[160] 或将其具体归结为：其一，基于双务合同本来的债务变形的场合，包括一方的债务因债务不履行而转化为损害赔偿债务，债权人或债务人变更。其二，没有双务合同的对立性却有对价的关联性场合，包括双务合同被撤销或解除时双方的清理关系、附义务赠与中的负担义务与赠与义务、关联性向从给付义务的扩张。其三，既无双务的对立性，又无对价的关联性，同时履行抗辩权是否成立存在疑问，如债务清偿与受领证书的交付构成的同时履行抗辩。[161]

（四）存在效果说与行使效果说

同时履行抗辩权是附延缓条件的抗辩权，其行使的效力是阻却对方的请求权，并使债务人不陷于迟延履行的状态。有争议的是，一方依法享有同时履行抗辩权，但未向对方主张的，是否可构成迟延履行？学界对此有“存在效果说”与“行使效果说”之别。

1.存在效果说

认为同时履行抗辩权的存在本身即应排除履行迟延的构成。还有学者指出，存在效果说还包括一层意思，即附有同时履行抗辩权的债务，不得作为自动债权主张抵销。[162]

存在效果说的理由主要为：其一，“当事人既然有此权利，纵然没有行使，在法律上仍有正当理由，在他方未为对待给付前，得拒绝

自己的给付”，并具有排除给付迟延的效力。[163] 其二，同时履行抗辩权受制于相对人的履行请求，并不总是可以行使的，如认为其须经行使始可排除履行迟延，在相对人不曾请求、双方的履行期都已经过时，则会得出双方违约的结论，这一方面与当事人的通常意思不合，也在“清算双方关系方面徒增困扰，全无实益可言”。若采行使效果说并且承认权利行使的溯及力，虽然其效果与“存在效果说”相似，却有碍当事人维护自己的权利，并且溯及力的存在也是对正常秩序的破坏。此外，“存在效果说”只是解决实体法上的问题，不应因此认为法院当然有义务审查当事人是否享有同时履行抗辩权。[164]

亦有学者虽支持存在效果说，但还提出了如下几种例外：一是在债务人未主张、法官未审查且事实模糊时；二是在抗辩权人明示或者默示放弃权利时；三是债务人违约后，债权人仍然对己方不履行合同作出解释或者对将来履行作出安排时。[165]

2.行使效果说

认为当事人不行使同时履行抗辩权，仍构成履行迟延。因为抗辩权必须行使才能对抗对方的请求权，并影响原法律关系。被告不主张同时履行抗辩权，法院亦不得主动援引抗辩权而免除被告的迟延责任。[166]

二　先履行抗辩权

（一）界定

1.术语选择

《合同法》第67条规定，当事人互负债务，有先后履行顺序，先履行一方未履行的，后履行一方有权拒绝其履行要求。先履行一方履行债务不符合约定的，后履行一方有权拒绝其相应的履行要求。《合同法》的这一规定确立了顺序履行抗辩权，其模本为《国际商事合同通则》7.1.3条。

顺序抗辩权与同时履行抗辩权不同，它具有单向性，只能由后履行方享有，它既可以着眼于要求对方先履行，也可以强调自己应后履行。因此，其名称一直没有统一，而且学界适用了看似完全相反的两个术语：先履行抗辩权[167] 和后履行抗辩权[168] 。有学者遵循双务合同履行抗辩权是“合同不履行的抗辩”这一思路，认为顺序履行权的命名应突出先履行一方不履行债务，其规范名称是“先履行一方不履行的抗辩”，可简称为先履行抗辩权。[169] 也有学者阐释了“后履行抗辩

权”的合理性：它是为后履行的一方设定的抗辩权，先履行抗辩权的名称“极容易使人误解为该项抗辩权是由先履行一方享有的抗辩权，这显然不符合立法的本意”。[170]

虽然“先履行抗辩”和“后履行抗辩”表示的是合同法上同一个概念，但表面上的两个反义词却能作为法律上的同义术语使用，多少有点诡谲。所以，在合同法学上，无论选择哪一个名称，都应尽快统一。

2.先履行抗辩权与附生效条件

先履行抗辩权与附生效条件为不同领域的制度，两者在机理、法律构成和法律效果等方面均不相同，在个案中通常不发生关联。但一个客观事实可能同时符合先履行抗辩权与附生效条件的构成要件。对此，有学者指出当事人对其运用顺序有约定的，依其约定；没有约定的，应当先适用法律关于附生效条件的规定。[171]

3.规范性质

《合同法》第67条关于先履行抗辩权规定的性质是否为任意性规范，有学者持肯定观点。认为它与同时履行抗辩权一样并非强制性规定，可以由当事人的约定予以变更。[172]

（二）构成要件

1.履行顺序

先履行抗辩权与同时履行抗辩权最核心的差异在于，双务合同双方当事人的两个债务是否有先后履行顺序。至于该顺序是当事人约定，还是法律直接规定，在所不问。其他要件与同时履行抗辩权基本相同，如对互负的债务的对价或牵连关系，有观点认为，从给付义务与合同相对方实现合同目的有密切关系时，应视为从给付义务与主给付义务具有牵连关系，合同相对方可以行使后履行抗辩权，拒绝履行相应的主给付义务。[173]

先履行抗辩权最核心的适用要素是确定当事人的履行顺序。对此，有学者指出，债务先后履行顺序的确定，并非简单地以两项债务清偿期届至的时间点作为判断标准，而应以两项债务清偿期届满的时间点为标准。如甲交付标的物的期间为2008年1月1日至2008年3月1日，乙付清货款的时间为2008年2月10日，先履行的一方是乙。[174]此外，两项牵连债务的先后履行顺序，应包括两种情形：先履行一方所负债务的履行期限届满后，后履行一方所负债务的履行期限才届至；先履行一方所负债务的履行期限和后履行一方所负债务的履行期限重合，后履行一方没有违约的情形，而先履行一方违约与否，在所

不问。若当事人约定履行顺序不同的两项债务之间可以成立同时履行抗辩权，其效力取决于它是否违反强制性规范。但不宜因当事人的命名而打乱固有的法律格局，宜认定为先履行抗辩权或不安抗辩权。当事人约定的情形符合同时履行抗辩权的构成，又不违反强制性规范的，才可以适用同时履行抗辩权。如当事人约定履行顺序不同的两项债务均已届期后产生同时履行抗辩权，实质上是约定两项违约之债间存在同时履行抗辩权，法律没有必要否定其效力。[175]

2.履行债务不符合约定

《合同法》第67条第2句使用了“履行债务不符合约定的”这一概括表达。有学者指出，它存在两个问题：一是难以判断不符约定的履行与拒绝履行是否“相适应”；二是没将诚实信用原则明确规定为先履行抗辩权的适用原则。[176]

对“履行债务不符合约定的”类型，有学者认为，与同时履行抗辩权场合一样，它包括不履行以外的各种违约行为，即迟延履行、瑕疵履行及部分履行。迟延履行和瑕疵履行必须构成根本违约时，非违约方才能行使先履行抗辩权；部分履行的，非违约方只能就违约部分拒绝相应的履行要求。[177]

3.与同时履行抗辩权的竞合

同时履行抗辩权和后履行抗辩权可能发生竞合。有学者指出，如合同约定的“货到付款”，理解为甲方应先交货，乙方应后付款的，此时乙方可行使后履行抗辩权；理解为一手交货，一手交钱的，则乙方应享有同时履行抗辩权。乙方既可以行使同时履行抗辩权，也可以行使后履行抗辩权，换言之，乙方可以在两项抗辩权中选择一项行使。[178] 实务界人士也指出，后履行抗辩权与同时履行抗辩权不太可能发生重合现象，但在当事人不适当履行、欺诈履行时，一方必然已经作了履行，因其履行不符合约定或法律，而使后履行一方享有抗辩权。在此情形，后履行抗辩权与同时履行抗辩权将发生重合。[179]

三　同时履行抗辩权与先履行抗辩权的分立与统一

传统民法并没有先履行抗辩权制度，它为同时履行抗辩权所涵盖。《合同法》引入履行顺序的观念，作为履行抗辩权的分类标准，从传统民法中的同时履行抗辩权中，分出了先履行抗辩权。一方当事人负有先履行的义务，就不适用同时履行抗辩权制度管辖，而让位于

先履行抗辩权或不安抗辩权，有学者称此种现象为“同时履行抗辩权的分立”[180]。对这种分立的价值，学界一直聚讼盈庭。

（一）分立论

分立论的核心在于，双方的债务只有同时届期时，才适用同时履行抗辩权；当事人之间有履行先后顺序的，则只能适用先履行抗辩权或不安抗辩权。其理由如下：

1.国情论

认为在《合同法》中增设先履行抗辩权，似乎是多此一举，有违大陆法系合同法原理。但是，一旦结合我国地广人多、群众法律知识不足的现实情况，法律将其明确规定，还是有其重要意义的。[181]

2.独特的法律价值

早在《合同法》颁行前，就有学者指出，在同时履行抗辩权与先履行抗辩权之间，只是规定的细化与否的问题。将先履行抗辩权划分出来有着积极的意义，如引导当事人更及时有效地行使权利、更好地保护当事人的期限利益等。[182]

依据《合同法》，同时履行抗辩权与先履行抗辩权分别适用于同时履行和异时履行。先履行抗辩权的功能并不仅仅表现在对抗对方的履行请求，还表现在对抗对方所提出的履行或承担违约责任的请求，即如果一方未履行或不适当履行债务，要求另一方履行，另一方有权拒绝其履行要求。[183] 有学者认为，按照意思自治等原则，若当事人之间约定了先后履行顺序，就应该保护其期限利益，先履行抗辩权的存在恰好可以达到这一目的。先履行抗辩权独立存在的意义包括：其一，尊重了当事人合意分配利益与风险的意思；其二，可以避免先履行一方已经违约，却借助同时履行抗辩权拒绝后履行一方的继续履行的请求；其三，免去了“同时”解释的麻烦；其四，维护了后履行一方的期限利益；[184] 其五，解决了“双方违约”的难题，并有效地弥补了片面理解同时履行抗辩权所造成的制度缺陷。[185]

（二）统一论

1.统一为同时履行抗辩权

这种观点主张，《合同法》第66、67条除了关于履行顺序的表达有所不同之外，实质上不存在任何差异。“从规则自身的逻辑性、简练性要求考虑，先履行抗辩规则无单独规定的必要。”[186] 或认为，同时履行抗辩权与先履行抗辩权的分立，“理论构成是否具有其正当性，固有待进一步观察，这涉及能否及应否创立一套独立于同时履行

抗辩权的理论。”[187] 主张将先履行抗辩规则纳入到同时履行抗辩权中的主要理由如下：

（1）先履行抗辩在适用上会转化为同时履行抗辩

这一观点的核心是：当事人履行有先后履行顺序时，若双方都陷入迟延履行，先履行抗辩权可以转为同时履行抗辩权。在后履行方所负债务已届清偿期时，先履行一方在负担逾期履行的赔偿责任的同时，可要求后履行一方同时履行。此时，双方之间的给付义务在履行上互为抗辩关系，一方不履行债务时，对方可拒绝履行自己的债务。[188]

《合同法》第66条只规定了没有先后履行顺序的情形，有学者认为，这存在法律漏洞。因为它只是规定了履行期自始相同的情形，而忽略了履行期限自始不同的情形。实际上，同时履行抗辩权不要求履行期自始相同，在履行期自始不同的场合，也可能产生同时履行抗辩权。如A、B之间订立买卖合同，约定A于1月5日交付标的物，B于2月5日支付价款。若A一直都没有履行，2月5日后，B请求A交付标的物时，A可否主张同时履行抗辩权拒绝B的履行请求？解释上宜有条件地肯定同时履行抗辩权。可见，对后履行一方债务亦届履行期时能否发生同时履行抗辩权，《合同法》存在法律漏洞。[189]

《合同法》是否存在漏洞的关键在于：应先为给付义务的一方履行迟延，直至双方的债务均已到期，其能否行使同时履行抗辩权。

但“法律漏洞否认论”强烈反对这种观点。认为此时先履行一方根本没有行使同时履行抗辩权的余地。因为此时无论采“存在效果说”或是“行使效果说”，先履行方本已构成违约，再主张其不履行行为是在行使同时履行抗辩权实在有悖逻辑。但一方所负债务的履行期尚未届满，另一方所负债务已经届至时，两项债务的履行期限有一段重合期的，双方均可以履行期尚未届满而暂时拒绝履行。[190]

亦有学者从价值衡量角度强烈反对这一观点。如认为，赋予已经违约的先履行方以同时履行抗辩权，相当于变相鼓励违约，违背了合同法上“有约必守”的原则。此外，还会导致有先为给付义务的一方故意坐等对方义务履行期的到来而主张抗辩，最终破坏现代社会的信用制度。[191] 先后给付的顺位也将因此毫无意义。[192] 或从履行抗辩权与合同解除角度入手论证：在先履行方甲迟延履行时，后履行方乙给其较短但合理的宽限期后，甲仍不履行，乙可以解除合同。然而，如果乙给甲较长的宽限期，在乙的债务亦已届期时，因为甲主张同时履行抗辩权阻却违约，反而导致乙无法解除合同，显然不合情理。此外，赋予已违约的先履行方以同时履行抗辩权，在程序上也不合理。

因为甲此时享有同时履行抗辩权，乙要求其履行时，甲只需抗辩即可，而乙反而必须承担证明自己已为给付或已提出给付的证明责任。[193]

（2）可以克服对“同时”的狭隘理解

立法机构对“同时”的理解望文生义，未抓住实质，实务界也多将其理解为“双方当事人在同一时间同时相互对待给付”，可谓“同时履行的幻象”，因为同时履行在物理学上几乎是不可能的，因此，“同时”只能依一般社会观念作宽泛理解。而且，同时履行抗辩权的目的也并非真的落脚在“同时”，而是强调双方顺序上的制衡关系，督促欲获对待给付的人先履行自己的合同义务。所以，对未定履行顺序的债务，基于公平原则，法律只能认定为同时履行。此外，在租赁合同、承揽合同中，租金、报酬往往是后付的，这说明在有先后履行顺序的情形，当事人依旧可以援用同时履行抗辩权对抗对方的请求权。[194]

亦有学者从其他角度支持“法律漏洞说”，认为《合同法》第67条虽然对涤除双方违约、彻底贯彻双务合同牵连性的思想多有贡献，但“确实制造了规范漏洞”。鉴于合同是一种动态发展的法律关系，为公平保护双方的利益，有先后顺序利益的合同，也可能适用同时履行抗辩权。对这一规范漏洞，可通过类推适用《合同法》第66条解决。此时先履行方的原给付义务和迟延赔偿责任一起，重新与后履行方的对待给付义务成立同时履行抗辩关系，履行期即为后履行方债务到期日。[195]

（3）依据“举轻以明重”解释规则可推出先履行抗辩权

既然双方在应同时履行债务时，对方未履行债务或未提出履行债务的，都可主张同时履行抗辩，那么，根据“举轻以明重”的法解释规则，一方应先行履行债务而不履行时，对方应更有理由予以抗辩。[196]

2.统一为先履行抗辩权

主张应废除同时履行抗辩权，由先履行抗辩权统一。同时履行抗辩权有如下弊端：其一，适用范围较狭窄，在实务中也较少适用。其二，适用条件较难界定。尤其是双务合同的代价关系，学界尚无一种统一的界定标准。其三，不利于合同履行。在合同履行期届满时，一方不愿继续履行合同且行使履行请求权时，相对方要么援用同时履行抗辩权，要么先为履行。前者导致合同履行处于僵持状态，后者让先履行方承担了风险。其四，与违约的界限较为模糊。同时履行抗辩权可能成为当事人故意拖延履行的工具，在实务中很难分辨其真实目的。[197]

四　评论

同时履行抗辩权与先履行抗辩权看似简单，但其法律适用却较为复杂。兹就如下问题略陈管见。

1.先履行抗辩权规定的必要性

按照举轻明重的法律解释规则，既然同时履行时双方都有履行抗辩权，那么在履行有先后顺序时，后履行方在先履行一方不履行或履行不符合约定时，当然可以对抗其履行请求权。所以，两者完全可以统一于同时履行抗辩权。可见，法律是否规定先履行抗辩权主要是立法风格问题。为期明确，法律特设先履行抗辩权规则也无可厚非。因为在不违反法律体系要求时，法律若能尽量细化，对增强法律的可预期性有益，值得追求，毕竟法律不是教科书和理论体系书。

2.双方约定各自的履行期限不同时，履行抗辩权的行使

在实践中，合同当事人经常约定各方的履行期限，且起止时间不同。如约定甲方应在1月1日到1月30履行，乙方应在12月3日到1月20日履行。此时，履行抗辩权适用的关键问题是确定双方的履行期限届至日：甲方的履行期届至日是1月30日，乙方是1月20日，因此乙方应先履行。在1月1日后，乙方虽然可以请求甲方履行，但甲方享有在1月30日前履行的期限利益，因此，甲方可以主张先履行抗辩权，也可以主张债务期限未至的抗辩权。另外，在1月20日后，乙的履行期限届至，甲请求乙履行的，此时甲的履行期限未届至（1月30日届至），故乙不能提起同时履行抗辩权。

在双方履行期限重合的时间段，即1月1日至1月20日，甲方对乙的履行请求，可以主张先履行抗辩权。若甲放弃其期限利益（1月30日其期限才届至）的，则可以行使同时履行抗辩权；若不放弃其期限利益，主张其债务尚未到期的，则可主张先履行抗辩权。甲请求乙履行的，乙只能主张同时履行抗辩权，因为在这一期间，虽然双方均可请求对方履行，但双方的履行期均未届至，都可主张履行。若乙不主张履行抗辩权，而在1月19日提出了给付，则甲依然可主张履行期限未届至（1月30日届至）的抗辩权。

3.约定履行先后顺序，双方均陷入迟延履行时，后履行一方能否主张同时履行抗辩权

如合同约定甲应在1月5日履行，乙应在1月10日履行，但到1月15日，双方均未履行。此时，若乙请求甲履行，甲不能对乙主张同时履行抗辩权，否则无异于鼓励甲迟延履行。另外，甲请求乙履行时，

若乙不能主张先履行抗辩权，则构成违约，若可以主张，则仅甲方构成违约。此时，应认为乙可主张先履行抗辩权，因为乙之所以迟延履行，完全可能是因为甲未履行。与此有关的是，在同时履行抗辩权成立的场合，若双方都迟延履行，但合同对双方迟延履行规定的违约金标准不同的，双方的迟延履行构成双方违约，还是主张同时履行抗辩权，对双方利益有一定影响。

此外，在双方均迟延期间，若乙出现了《合同法》第68条（不安抗辩权）规定的情形，甲能否主张不安抗辩权？值得考虑。

第四节　不安抗辩权与预期违约

一　不安抗辩权的构成与效力

（一）不安抗辩权的构成要件

《合同法》以履行顺序为基础，建构了双务合同的履行抗辩权体系：双方应同时履行的，适用同时履行抗辩权；异时履行的，适用先履行抗辩权和不安抗辩权。在实践交易中，异时履行的合同数量相当多，为保护先履行方的利益，《合同法》第68条规定了不安抗辩权，赋予当事人以自助权。

与《合同法》第66条和第67条不同，第68条并没有明确将“当事人互负债务”作为不安抗辩权的适用条件之一，但学界对不安抗辩权只能适用于双务合同，已达成了共识。[198] 目前有争议的相关问题如下：

1.法定事由出现的时间

不安抗辩权的法定事由须出现于何时？学界见解不一。一是将其限定为缔约后。理由是：若订约时已出现了法定事由，就表明先履行方在订约时就已经知道或应当知道，法律没有特别保护的必要；若不知情的，也可以通过适用合同撤销、合同无效等制度解决。[199] 二是认为，缔约时出现的法定事由，相对人不知且非出于故意或者重大过失的，仍可适用不安抗辩权。因为不安抗辩权的目的之一是“防止借合同进行欺诈”，故，传统民法将不安抗辩权理解为广义情势变更原则适用的观点，应当有所修正。另外，肯定缔结时既已存在的不安事由亦得发生不安抗辩权，并不否定适用重大误解或者欺诈的可能。此时，先履行义务人可选择主张撤销合同或行使不安抗辩权，如主张不安抗辩权的，原则上宜认为系放弃撤销权。[200]

2.适用的违约形态

《合同法》第68条并没有规定不安抗辩权适用的违约行为。有学者认为，同时履行抗辩权或顺序履行抗辩权适用于所有违约行为，但不安抗辩权仅限于给付不能，即使在合同履行期届至前，后履行方迟延就已确定也如此。先履行方在相对方将迟延履行合同义务时，也应依约履行。因为给付迟延既非拒绝给付，也非给付不能，为避免双务合同中应先为给付义务的一方的履约风险、防止往复给付和循环诉讼、防止合同欺诈和平衡当事人利益，双务合同中义务人的履约顺序，不因时间推移而消失。先履行方未在约定时间内为给付，直至后履行方履行期届满，原合同义务的履行顺序也不因此改变。[201]

在特定物买卖等场合，出卖人不能履行的，买方是否可以行使不安抗辩权？学界思路不同。一是认为买受人可否行使不安抗辩权，似应区分合同目的而定：若依据买受人明示或可以推知的意思，取得该特定物为其唯一目的，可成立不安抗辩权；若买受人可以接受损害赔偿以替代该特定物的交付，则不应成立不安抗辩权。[202] 二是认为应区分种类物与特定物。债务人将特定物一物二卖的，即明显以其行为即表明不履行合同，第一个债权人可以直接解除合同；如为种类物，在履行前债务人仍有合理时间寻求替代物履行，则债权人应行使不安抗辩权而不能直接解除合同。[203]

3.法定事由

《合同法》第68条规定的法定事由为后给付方“丧失或可能丧失履行债务能力”，尤指经营状况严重恶化，转移财产、抽逃资金以逃避债务，丧失商业信誉等欠缺金钱支付能力的情形。此外，该条还有一项兜底规定：“丧失或可能丧失履行债务能力的其他情形。”对此，有学者认为，其情形包括：其一，承揽人丧失履行能力依约无法转交他人工作；其二，提供劳务者缔约后丧失劳动能力。[204]

《合同法》规定的不安抗辩权适用范围相当广泛。有学者指出，在传统大陆法上，不安抗辩权仅适用于后履行方财产状况恶化，有难为对待给付之虞的情形。《合同法》的范围有所扩大，它参照了英美法，纳入了各种可能有害合同履行、危机交易安全的行为，增加了“转移财产、抽逃资金、丧失商业信誉、丧失或可能丧失履行债务能力的其他情形”等抗辩理由。[205] 尽管如此，诸多学者主张扩大其适用范围。如认为我国不安抗辩制度的适用范围颇狭隘，应纳入履行意愿动摇、将来可能发生瑕疵及将来确定会发生瑕疵但瑕疵可以排除等情形；履行能力欠缺的情形也并不限于财产状况恶化，还包括可能无法提供劳务、交付特定物等一切欠缺给付能力的情形。[206] 或指出，

不安抗辩权所要解决的信用不安问题，固然绝大多数表现为丧失给付能力，但不应以此为限，也包括其他丧失或者可能丧失履行债务能力的情形，且没有必要要求与财产有牵连关系。[207]

4.规范性质

《合同法》第68条是否属强制性规定，学界讨论较少。有学者认为它并非强制性规定，而可以由当事人的约定予以变更。双方可以约定有别于不安抗辩权的法定要件，不安抗辩权因此而扩张或收缩，除非此类约定存在《合同法》第52条规定的无效情形，或因具有第54条规定的原因而被一方撤销。[208]

（二）不安抗辩权的法律效力

《合同法》中的不安抗辩权制度，融合了大陆法系的不安抗辩制度和英美法系的预期违约制度，其效力规定也颇有特色。学界当前关注的相关问题主要包括：中止履行权、合同解除权、担保的提供等。

1.中止履行权

依《合同法》第69条，不安抗辩权行使的第一层效力是中止履行。即使相对人未主动请求履行，也可以中止自己的履行。但“中止履行”与“拒绝履行”不同，后者必须以请求为前提，前者则无须此前提。[209] 有学者认为，中止履行并非违约救济措施，因为后履行方此时并没构成违约。[210]

中止履行有两种解释：一是仅中止债务的履行，二是不仅可以中止债务的履行，还可以中止履行准备行为。学界多持第二种观点。如指出，依《合同法》第68条，陷于不安的合同当事人不得不先进行履行准备，将来可能因此遭受很大损失，对自己乃至于对方都相当不利。所以，应允许双务合同的任何一方在有理由陷于不安的情形时，不仅可以中止债务的履行，而且可以中止履行准备，在对方提供了适当担保后，才恢复履行准备并最终履行，并免除其因中止履行准备行为而导致的迟延责任。当事人中止了履行准备后，应当及时通知对方，否则仍须承担迟延履行责任。总之，不安抗辩权规则应作如下修正：在双务合同中，陷于不安的任何一方当事人，都可以就自己的对待给付义务中止履行，或者中止为履行债务所做的准备工作，但须及时通知对方。[211] 或认为，《合同法》规定的中止履行仿自《联合国国际货物销售公约》第71条，故依比较法解释方法，《合同法》第68条规定的中止履行，不仅包括履行的提供，也包括履行的准备。[212]

2.合同解除权

依《合同法》第68条，应当先履行义务的当事人，在对方未在合

理期限内恢复履行能力并且提供适当担保时，可以解除合同。这是《合同法》对不安抗辩权的效力的特色规定。

（1）不安抗辩权与解除合同

在传统大陆法上，解除合同明显超出了不安抗辩权的效力范畴。学界多认为，这一规定已并非不安抗辩权的范畴，因为在大陆法系的判例学说中，解除合同是一种补救措施，而不安抗辩权作为一种延缓的抗辩权，只能使对方的请求权在一定期限内不能行使，不发生合同解除的效果。[213] 不能认为不安抗辩权的效力包括合同解除权，否则在法理上就自相矛盾。[214]

（2）解除权的行使

在符合《合同法》第69条的条件时，有学者指出，权利人是行使不安抗辩权还是任意解除合同，应尊重其选择。但继续性合同的当事人行使不安抗辩权，有一些特性：其一，先履行义务者可以就本期次给付产生的不安抗辩权，对抗后履行义务者的给付请求。其二，继续性合同解除原则上没有溯及力，不能或不宜恢复原状；但如果合同还没有开始履行或先前的履行因为本次履行能力的丧失而失去意义，则可以有溯及力。[215]

（3）《合同法》第69条规定的合同解除权的缺失

《合同法》第94条规定，在履行期限届满前，当事人一方明确表示或以自己的行为表明不履行主要义务的，对方可以解除合同。有学者认为，后履行一方在合理期限内拒绝提供担保，可以纳入“以自己的行为表明不履行主要义务”的规范事由内。先履行的一方就无须证明对方未恢复履行能力，可以直接依据第94条解除合同，第69条规定的合同解除权就成为具文。[216]

《合同法》第69将同时用“未恢复履行能力”和“未提供担保”结合限制先履行方的解除权。有学者比较了《合同法试拟稿》、《征求意见稿》和《合同法》，并从德国法角度入手，认为《合同法》第69条的这一做法严重偏离了《合同法》第94条关于合同法定解除权的一般规定，不如以“未履行对待给付”或“提供担保”来限定。[217]

3.担保的提供

《合同法》第69条对担保提供的规定相当简单。有学者认为，第69条有关担保的规定，其缺陷有三：一是未明确先给付方的权利是设定合理的履行能力回复期间还是可以请求对方提供保障；二是从字面看，其保障为狭义的，仅指担保而言；三是仅规定中止履行方在对方于合理期限内未提供担保时可以解除合同，未提及可否请求赔偿。为

终结悬而未决的状态，在解释上，宜承认先给付方有请求提供充分保障的权利；“担保”宜作广义理解，除担保外尚包括其他可以消除不安情势的措施；相对人逾期未提供保障即成立预期违约，先给付方除享有解除权之外，在相应要件具备时尚可请求损害赔偿。[218]

二　预期违约的类型、构成与法律效力

（一）预期违约的类型及其构成

1.预期违约的界定及其合理性

除“预期违约”外，学界也广泛使用“期前违约”，迄今未统一。有学者主张，应采“期前违约”而弃“预期违约”，因为“预期违约”容易使人将合同期前救济的对象仅局限于“违约”或“可能违约”。[219]　主流学说认为，预期违约制度即在合同有效成立后履行期到来之前，一方当事人肯定地、明确地表示其将不履行合同；或者以自身行为或者客观事实默示其到期将不履行合同。前者称为明示预期违约，后者称为默示预期违约。[220]

对预期违约制度的合理性，学界多归结为：合同权利是一种期待利益，预期违约行为侵害的正是这种利益。预期违约制度无非基于公平理念保护这种利益，使受害人得到如同实际违约几乎相同的救济。[221]

2.预期违约与拒绝履行

国内学界多按照大陆法系理论，将预期违约纳入作为拒绝履行的一种形态。但有学者指出，先期违约所涵盖的案型比期前拒绝履行更广。其中“renunciation”与期前拒绝履行相当；但“disablement”相当于不能履行，既可以是主观的（如将特定物再行处分），也不排除客观的不能履行。这种类型除债务人故意所为外，显然与拒绝履行无关。[222]

3.预期违约的类型

因预期违约制度来自英美法，故学界对英美法中的预期违约作了大量研究。有趣的是，学界对英美法上的预期违约的类型，争议都还相当大。

较为典型的观点认为，英美法上的预期违约包括明示预期违约和默示预期违约。前者仅适用于一方明确表示他将不履行合同义务；后者则适用于一方以自己的行为表明不履行合同义务的情形，其独有的救济措施是受害方中止履行，并要求对方提供履约担保。[223]

但是，也有学者指出，英美法并没有完全一致的期前违约形态，主要因为美国法规定了一种特殊类型的期前违约，即陷入不安的债权人请求对方提供充分履行保障，对方不提供的，债权人可以解除合同（《统一商法典》第2—609条），但从来没有将其命名为默示预期违约。此外，“明示履行拒绝”和“默示履行拒绝”是对期前违约的传统分类，但从来没有成为正式划分，甚至不是比较正式的术语，即便为学说与判例采用，其内涵也并不一致。[224] 或将英美法系的预期违约分为两种：一是预期拒绝履行（anticipatoryrepudiation）包括国内学界通常所称的明示与默示两种。二是期待贬损（diminished expectation），即在合同有效成立后履行期到来前，当事人虽然没有拒绝履行合同，但客观事实表明他有到期不履行合同的可能性。[225]

4.《合同法》与预期违约的形态

学界对此见解多有不同。《合同法》中的“明确表示不履行合同义务的”相当于明示预期违约，学界没有疑义。因对英美法上的预期不能履行是否构成预期违约，存有不同理解，加之《合同法》第69条规定了不安抗辩权包括合同解除权，故学者的争议主要集中在《合同法》是否规定了默示预期违约。

（1）肯定说

该说认为，《合同法》第69条、第94条和第108条确认了明示预期违约与默示预期违约。[226]

（2）否定说

否定说基本认为，《合同法》没有规定完整的预期违约制度。如认为，《合同法》只规定了明示预期违约，以不安抗辩权制度代替了默示预期违约。这“不能不说是我国立法的一种缺陷”。[227] 或认为，《合同法》第108条规定的只是默示违约的一种，即“以自己的行为表明不履行主要债务”，而英美法的默示预期违约有多种认定对方当事人期前违约的情况，如商业信用不佳、经济状况不佳等。而且依第108条，预期违约的后果只是“在履行期限届满前承担违约责任”，而我国的违约责任并不包括默示预期违约所独有的救济措施，即单方中止履行合同和要求对方提供履约担保，甚至一定条件下解除合同。[228] 或认为，《合同法》的文义仅涵盖了期前以言词或行为拒绝履行，默示预期违约的适用范围相当有限。[229]

还有学者明确指出，《合同法》并没有确认也没有必要确认英美法上的预期不能履行为预期违约。英美法中的预期不能履行（相当于大陆法中的陷入难为对待给付）的情形，在我国《合同法》中分别由不安抗辩权、顺序履行抗辩权和同时履行抗辩权制度调整。[230]

（二）预期违约的构成要件

《合同法》第94条第2项规定，“在履行期限届满之前，当事人一方明确表示或者以自己的行为表明不履行主要债务的”，对方可以解除合同；第108条所使用的措词为，“当事人一方明确表示或者以自己的行为表明不履行合同义务的”，对方可以在履行期限届满之前要求其承担违约责任。一为不履行“主要债务”，二为不履行“合同义务”。对这一术语差别，学界观点亦不相同。

批评者认为，拒绝履行构成预期违约的核心要件是：债务人必须明确、彻底地声明不能或者不愿意履行债务。《合同法》第94条第2项中的“不履行主要债务”贯彻了这一条件，但第108条则将“不履行主要债务”转化成了“不履行合同义务”，显然不符合逾期违约的规范意旨。因此必须将其限缩为“不履行主要债务”[231] 。

赞成者则认为，它是《合同法》的创新。预期拒绝履行规则的适用范围并不以根本违约为限。通过对比《合同法》第94条和第108条，《合同法》中的预期拒绝履行包含两个层次：一为拒绝履行主要债务，二为拒绝履行非主要债务。对前者，受损方可以要求解除合同并在履行期限届满之前追究违约责任；对后者，受损方可以在履行期限届满之前追究违约责任，但无权解除合同。[232]

此外，《合同法》第94条和第108条对默示预期违约行为的规定，也遭到批评，因为它们只是简单地规定“以自己的行为表明不履行主要债务（合同义务）”，但却没有规定具体标准。然而，判断一方当事人是否构成默示的预期违约，既可以从其行为判断，也可以根据客观状况如经济状况、商业信誉、履约能力等判断。仅以行为作为标准，不仅片面且易导致主观随意。[233]

（三）预期违约的效力

依据《合同法》，构成逾期违约时，债权人有权解除合同（第94条第2款），或在履行期限届满后要求债务人继续履行，或履行期限尚未到来时要求债务人承担违约责任（第108条）。无疑，这些简略的规定不敷适用，故学界对此也作了深入讨论。

1.违约方的撤回（撤销）权

预期违约方在作出拒绝履行的意思表示后能否反悔？《合同法》未设明文。学界看法有别。

如认为，在法律允许的限度内，违约方可以撤回其拒绝的表示，维持合同原有的效力。撤回的条件是：其一，必须在对方没有解除合同之前，如果对方已作出解除合同的表示，合同就发生解除效力。其

二，必须在对方的合同地位没有根本改变之前为之。例如，受害方已与他人缔结了标的相同的买卖合同时，不能撤回。其三，受害方用其他方式表明其认为此种毁约已成定局。[234] 或认为，因《合同法》没有相应规定，可运用其第60条规定的诚实信用原则，确认“不得拒绝接受他人违约”与“不能撤回拒绝履行的意思表示”两条规则。[235]

2.债权人的选择权

债权人可否选择拒绝承认预期违约？学界观点亦不相同。

肯定说认为，一方依《合同法》第94条、第108条实际解除合同前，可以接受对方明确作出的继续履行合同义务的意思表示，此后合同应继续履行。不能确定一方是否接受对方继续履行合同义务的意思表示的，视为拒绝接受。[236]

否定说则认为，债权人的选择权背离了预期违约的基础——效率违约。若拒绝承认预期违约会给当事人或第三人造成更大的损失，法律不应赋予债权人拒绝承认预期违约的权利。对因债权人拒绝承认预期违约而造成的扩大损失，债务人可以援引《合同法》第119条的减损规则，拒绝赔偿。债权人选择拒绝承认预期违约的，应承担在履行期到来之前因不可抗力等免责事由造成的损害。[237]

3.提前履行请求权

债权人是否可以请求提前履行？通说持否定立场，认为只有在债务履行期限已经届至时才可以行使，否则会产生令债务人必须提前履行债务的效果，有欠公允。[238] 或从效率违约着眼，认为债权人不仅不能提前请求强制履行，还不能选择强制履行，否则会使预期违约制度失去价值。[239] 亦有学者认为不应一概而论，而应由法官自由裁量。[240]

4.解约赔偿

在构成预期违约时，一方解除合同的，是否可请求对方赔偿损失？《合同法》没作规定。学界亦有不同观点。

肯定说认为，违约责任采无过错原则，当事人行使解除权后，可以适用《合同法》第107条而不是第97条请求赔偿，因为第97条的赔偿损失适用于所有解除情形。[241]

否定说认为，《合同法》第108条只规定了权利人可以“在履行期限届满之前要求其承担违约责任”，至于应承担什么责任、如何承担都没有规定。《合同法》第107条规定的违约责任形式，包括继续履行，采取补救措施或赔偿损失，但不包括解除合同。受害方是否有权

解除合同存有疑问，遑论解除后的损害赔偿。[242]

三　不安抗辩权与预期违约的制度冲突及其解决

（一）制度冲突

《合同法》规定的不安抗辩权制度纳入了英美法上的预期违约制度的合理成分。同一部法律同时纳入两种功能类似的制度，对法律体系与法律适用都是一个极大的智识挑战。围绕其第68条、第69条、第94条第2款及第108条，国内学者对应如何理解传统大陆法系不安抗辩权和英美法系的预期违约制度的关系，展开了激烈讨论。

1.冲突的体现

诸多学者都意识到，《合同法》上的不安抗辩权与预期违约存在体系冲突。有学者提纲挈领地总结为：英美法预期违约制度的基本组成部分为预期拒绝履行，其调整范围、主客观构成要件、法律后果等，都与大陆法的不安抗辩权制度判然有别，二者不仅不能代替，还可以共存互补。英美法预期违约制度的非基本组成部分为预期不能履行，它与大陆法的不安抗辩权制度极为相似，二者虽然可以互相借鉴，但无法在同一法律体系中共生共存。[243]

两者的冲突主要出现在“预期不能履行”领域。《合同法》第68条第1款第1项至第4项规定的行使不安抗辩权的事由，正如有学者指出，与第94条第2项“当事人以自己的行为表明不履行主要债务”存在重合。如“经营状况严重恶化”若系当事人故意行为所致，就同时构成默示预期违约。按照第69条，权利人需要先中止履行并“通知对方”，在对方在合理期限内未恢复履行能力且未提供适当担保时，方可解除合同；而按照第94条，权利人则可以直接解除合同。[244] 此外，《合同法》第94条第2项规定的“一方当事人以自己的行为表明不履行主要债务”，又可解释为第68条第4款“丧失或者可能丧失履行债务能力的其他情形”。这就使第68条设定的旨在保护后履行方合法权益的措施（先履行人只能中止合同履行，并且负举证与通知义务）形同虚设，严重损害了后履行方的期限利益。因为后履行方的履约困难可能只是暂时的，先履行方完全可能滥用合同解除权，导致履约率降低，与《合同法》鼓励交易的立法目的背道而驰。最后，第108条赋予了先履行人在履行期限届满之前要求预期违约人承担违约责任的权利，与第94条对于不安抗辩权的影响一样，使得第68条存在无处适用的可能。[245]

（二）解决方案

何以大陆法系采取不安抗辩权制度，而英美法系采取默示预期违约制度？有学者认为，首先，大陆法系一般不存在英美法上“违约”的用语，而代之以债务不履行。其次，债务不履行一般只能发生在债务履行期届至之后，这是符合逻辑的。所以，对双务合同中当事人因财产显著减少而难为对待给付的，大陆法系不承认其为债务不履行。大陆民法体系采不安抗辩权制度而不采默示预期违约制度，是大陆法系民法学家权衡利弊的结果，它既保证了民法逻辑体系的严整，又对无过错方提供了比较充分的保障。[246] 近10年来，学界对两者的统合与分离，作了深入讨论。

1.统合说

在《合同法》制定之前，就有学者认为，不安抗辩权与预期违约的区别微不足道，两者宜统合。[247] 统合说又可细分为两种。

（1）用不安抗辩权统合预期违约

这种思路的理论资源是德国法。认为《合同法》若规定拒绝履行制度、同时履行抗辩权与不安抗辩权，再规定预期违约制度“就显得多余了”。因为明示预期违约完全可以纳入拒绝履行制度；默示预期违约无非是行使不安抗辩权的一种情形。但大陆法还有两个方面需要完善：其一，矫正将拒绝履行定义为“履行期到来之后债务人无正当理由拒绝履行债务”的偏颇做法；其二，参照英美法的有关判断标准规定不安抗辩权的行使条件，以利于实际操作。[248] 或认为，德国法上拒绝给付的范围比预期违约广，它既可以发生在履行期限后，也可以发生履行期限之前。德国给付障碍法并不区分预期违约和实际违约，更不承认预期违约是一种独立的违约形态，而是将其纳入积极侵害债权制度。此外，给付不能制度也具有保护履行期限前债权人利益的功能。因为给付不能规则适用于履行期限届满前和届满后，并且逻辑上主要适用于债务履行期限届满之前发生的给付不能。[249] 附议者还认为，预期违约与德国法依判例发展起来的给付拒绝并不存在实质性的功能区别，将《合同法》第94条第2款及第108条所规定的“一方明确表示或者以自己的行为表明不履行主要债务（合同义务）”，确定为给付拒绝更合适。[250]

（2）用预期违约统合不安抗辩权

主张选择一个能同时体现两方面优点的制度即可，保留预期违约制度，删除不安抗辩权制度更佳。首先，预期违约的适用范围广，经过完善后完全可替代不安抗辩权；其次，预期违约没有履行顺序这一前提条件，更有利于平等地保护双方当事人的利益，从而维护交易秩序的安全。[251]

反对观点则认为，《合同法》是在不安抗辩权的基础上规定的默示预期违约行为的，在确定是否构成默示预期违约时，必须以一方行使不安抗辩权为前提，故无法以预期违约制度取代不安抗辩权。[252]

2.并存说

通说认为，预期违约与不安抗辩权的立法宗旨均为维护交易安全和交易秩序，但它们是两种不同的、不能相互替代的制度，前者属于违约责任制度的范围，后者属于抗辩制度的范围。预期违约比不安抗辩权制度更有利于保护当事人的利益，维护交易秩序。这主要表现在：其一，预期违约的适用不存在履行顺序这一前提条件。其二，预期违约制度对受害人的保护更为充分。预期违约对非违约方提供了全面的补救，而不安抗辩权只提供了拒绝权。其三，预期违约制度适用情况比较广泛：可能有害于合同履行、危及交易秩序的情况均包含在内。其四，预期违约制度对受害人的保护更为充分。[253]

既如此，明确两制度的衔接点，界定两制度的作用域，就是解决问题之道。应“尽可能地在大陆法系传统民法的概念体系内进行，不安抗辩权仍应当限定在防御的范畴，其他诸如请求提供担保、解除合同等积极的效果，应当划归先期违约制度的作用域（进攻的范畴）”[254]。亦有学者提供了具体思路，即以债务人将来不履行可能性程度的高低为标准，区分预期违约与不安抗辩制度：债务人将来确定不履行的，成立预期违约，“不履行”并不要求百分之百的或绝对的可能性，而是“近乎肯定的可能性”。此时，债权人可于期前解除合同并主张违约救济。将来不履行的可能性程度较高但尚不确定的，则适用不安抗辩制度。为解决行使给付拒绝权后可能出现的不稳定状态，应赋予债权人以请求提供充分保障的权利，若适当期间经过而对方未提供，可确认不履行的可能性程度提高，成立新的预期违约形态。[255]

持这种观点的学者还致力于从解释论与立法论角度讨论两者的界分。如在解释论上，认为对《合同法》第94条第2项中“以自己的行为表明不履行主要债务”的情形，宜采体系解释方法，参照第69条，要求解除权的发生以“催告”为前提。[256] 在立法论上，认为《合同法》应仅仅以债务人可能丧失履债能力为兜底性条款。[257] 或认为《合同法》第69条应并入第68条，作为第3款，并修改为“当事人依前款规定中止履行的，应当及时通知对方。对方提供担保时，应当恢复履行”。同时，第94条增加一款：“在履行期届满之前，当事人一方以自己的行为表明将不履行主要债务，另一方当事人可以中止履行，中止履行后，对方在合理期限内未恢复履行能力并且未提供适当担保的。”[258]

四　评论

《合同法》关于不安抗辩权与预期违约的规定，是法律混合继受的典型。在解释论与立法论上如何协调此两项不同的制度，界定彼此的作用领域，确实是一个重大难题。实际上，这并非中国《合同法》独有的问题，美国法与德国法也都兼容了这两种制度。不安抗辩权与预期违约之所以造成如此大的难题，核心原因在于不安抗辩权属合同履行制度，而预期违约属违约责任制度。

1.预期违约的界定

对预期违约的界定，最核心的问题是债务人在履行期限截止之前，并非故意地陷入履行不能或有履行不能之虞时，到底用何种制度调整？或者说，预期违约只是包括债权人通过明示或者行为方式体现的主观上不愿意履行，还是也包括债务人客观上将不履行？[259]　《美国统一商法典》第2—609条的“履行充分保证权”，其实相当于大陆法上的不安抗辩制度。它是一种消除不安履行的积极自助权，可兼容不安抗辩权、同时履行抗辩权与先履行抗辩权。[260]　这也是预期违约与不安抗辩权区分的难点。

由此可见，学界有关预期违约的界定之争，关键在于如何定位“履行充分保证权”。按美国法，一方对对方的履行产生了合理的不安理由时，可以通过书面形式要求对方就适当履行提供充分保障，在对方提供保障之前，可以中止履行；对方超过30天未提供充分的适当履行保障的，即为拒绝履行。由此，充分保障制度就与预期违约制度衔接了。这一思路值得参考。

2.不安抗辩权制度的效力

按照大陆法理论，不安抗辩权只是一种消极的防御权，本身无法产生解除权；而且，拒绝履行制度也无法适用于期前明示或默示违约，故不安抗辩权人不能请求对方承担违约责任。但德国债法现代化法改革也赋予了先给付义务人以合同解除权，且不安事由不再限定于财产减损，而包括“欠缺给付能力有难为对待给付之虞”的一切情形。这表明大陆法上的不安抗辩权的效力也进一步扩张。

3.不安抗辩权与预期违约的协调

协调两种制度，只能有两种方案：一是特设不安履行与预期违约的统一规范，并创设一个新名词。二是维持《合同法》现状的同时，消除两者之间的内在矛盾。显然，从体系上看，只能采取第二种模式。

预期违约与不安抗辩权分立的核心理由，在于两者制度功能的差异：预期违约是确定的违约，而不安抗辩权是当事人对债务人缺乏履行能力的合理推测，而且法律确认了这种推测的法律效力。据此，可窥见《合同法》上两种制度协调的路径。其一，规定不安抗辩制度向预期违约制度的转化。可考虑在《合同法》第68条规定：先履行方有合理理由怀疑后履行方不履行合同的，先履行方可以请求对方在合理期限内提供担保，若不提供担保的，构成预期违约，先履行方取得解除权和违约责任请求权，此时可选择适用《合同法》第94条与第108条。其二，不安抗辩权与预期违约的冲突主要体现在不安事由的设置上，两者必须协调。不安抗辩权的事由的情形应限于一种：后履行方因客观原因陷入不能履行的状态。《合同法》第68条规定的转移财产、抽逃资金以逃避债务等情形，明显是默示预期违约的形态，故应予删除。

---

[1] 参见傅静坤《二十世纪契约法》，法律出版社1996年版，第1页。

[2] 崔建远主编：《合同法》（第5版），法律出版社2010年版，第90页。

[3] 蓝承烈：《论合同效力的扩张》，《学术交流》2000年第6期。

[4] 参见焦富民《论诚实信用原则和合同义务的扩张》，《扬州大学学报》（人文社会科学版）2001年第2期。

[5] 参见谢增毅《诚实信用原则与合同义务的扩张》，《社会科学辑刊》2002年第3期。

[6] 参见汪跃平、陈小君《论合同义务的基础及其变革》，《广西社会科学》2006年第6期。

[7] 参见张春普《附随义务涵义和价值理念的探析》，《河北法学》2001年第2期。

[8] 参见侯国跃《契约附随义务研究》，法律出版社2007年版，第320、331页。

[9] 参见侯国跃、殷昭仙《德国附随义务理论诞生的社会背景》，《法学杂志》2010年第11期。

[10] 参见崔建远主编《合同法》（第5版），法律出版社2010年版，第90页；韩世远：《合同法总论》（第3版），法律出版社2011年版，第254页。

[11] 参见梁慧星《合同法的成功与不足》，《中外法学》1999年第6期。

[12] 参见王利明《合同法研究》（第1卷），中国人民大学出版社2002年版，第84页。

[13] 参见蓝承烈《论合同效力的扩张》，《学术交流》2000年第6期。

[14] 参见王利明《合同法研究（修订版）》（第2卷），中国人民大学出版社2011年版，第32页。

[15] 参见朱广新《合同法总论》（第2版），中国人民大学出版社2012年版，第328页。

[16] 参见叶知年《合同法应设定附随义务》，《政治与法律》1999年第1期。

[17] 参见韩世远《合同法总论》（第3版），法律出版社2011年版，第247页。

[18] 参见彭诚信、朱琨《合同履行中违反附随义务的法律效果》，《政法论丛》2005年第5期。

[19] 参见迟颖《合同法上附随义务之正本清源——以德国法上的保护义务为参照》，《政治与法律》2011年第7期；侯国跃：《契约附随义务研究》，法律出版社2007年版，第103页；李昊：《德国新债法中附随义务的构造》，《环球法律评论》2009年第5期。

[20] 参见叶榅平《论合同中的附随义务——以完整利益保护为中心的新阐释》，《求索》2006年第9期。

[21] 参见韩世远《合同法总论》（第3版），法律出版社2011年版，第247页；李伟：《德国新债法中的附随义务及民事责任》，《比较法研究》2004年第1期。

[22] 参见何丽新、宁新发《论合同附随义务的不当扩张问题》，《新疆大学学报》（哲学·人文社会科学版）2006年第1期。

[23] 参见韩世远《合同法总论》（第3版），法律出版社2011年版，第249页。

[24] 参见刘力《附随义务三题——以审判实践为中心兼及对理论之检讨》，《法学》2005年第11期。

[25] 参见张驰、鲍治《附随义务论》，《华东政法学院学报》1999年第6期。

[26] 参见侯国跃《合同附随义务的司法认定》，《法学杂志》2011年第5期。

[27] 参见王利明、崔建远《合同法新论·总则》（修订版），中国政法大学出版社2000年版，第214页。

[28] 参见方龙华、吴根发《合同法上的保密附随义务》，《法律适用》2001年第10期，第30页。

[29] 何丽新、宁新发：《论合同附随义务的不当扩张问题》，《新疆大学学报》（哲学·人文社会科学版）2006年第1期。

[30] 参见刘毅强《附随义务侵害与合同解除问题研究——以德国民法典第324条为参照》，《东方法学》2012年第3期。

[31] 参见汪渊智、李媛《论附随义务》，《山西大学学报》（哲学社会科学版）2001年第3期；叶榅平：《论合同中的附随义务——以完整利益保护为中心的新阐释》，《求索》2006年第9期。

[32] 参见侯国跃《契约附随义务研究》，法律出版社2007年版，第103页。

[33] 参见李伟、单晓光《中德附随义务的比较思考》，《德国研究》2006年第3期。

[34] 参见汪渊智、李媛《论附随义务》，《山西大学学报》（哲学社会科学版）2001年第3期。

[35] 参见迟颖《合同法上附随义务之正本清源——以德国法上的保护义务为参照》，《政治与法律》2011年第7期。

[36] 参见叶榅平《论合同附随义务违反的归责原则与法律后果》，《湖北警官学院学报》2006年第4期。

[37] 参见彭诚信、朱琨《合同履行中违反附随义务的法律效果》，《政法论丛》2005年第5期。

[38] 参见迟颖《合同法上附随义务之正本清源——以德国法上的保护义务为参照》，《政治与法律》2011年第7期。

[39] 参见汪渊智、李媛《论附随义务》，《山西大学学报》（哲学社会科学版）2001年第3期。

[40] 参见叶榅平《论合同附随义务违反的归责原则与法律后果》，《湖北警官学院学报》2006年第4期。

[41] 参见彭诚信、朱琨《合同履行中违反附随义务的法律效果》，《政法论丛》2005年第5期。

[42] 参见崔建远主编《合同法》（第5版），法律出版社2010年版，第251页。

[43] 参见叶榅平《论合同附随义务违反的归责原则与法律后果》，《湖北警官学院学报》2006年第4期。

[44] 迟颖：《合同法上附随义务之正本清源——以德国法上的保护义务为参照》，《政治与法律》2011年第7期。

[45] 参见刘毅强《附随义务侵害与合同解除问题研究——以德国民法典第324条为参照》，《东方法学》2012年第3期。

[46] 参见迟颖《合同法上附随义务之正本清源——以德国法上的保护义务为参照》，《政治与法律》2011年第7期。

[47] 参见李伟、单晓光《中德附随义务的比较思考》，《德国研究》2006年第3期。

[48] 参见李伟《德国新债法中的附随义务及民事责任》，《比较法研究》2004年第1期。

[49] 参见李开国主编《合同法》，法律出版社2002年版，第131页。

[50] 参见迟颖《合同法上附随义务之正本清源——以德国法上的保护义务为参照》，《政治与法律》2011年第7期。

[51] 参见傅静坤《二十世纪契约法》，法律出版社1996年版，第1页以下。

[52] 参见叶榅平《民法中的保护义务——以其具体适用为中心》，《法律科学》2008年第6期。

[53] 这些理由为张家勇教授的概括，参见《合同保护义务的体系定位》，《环球法律评论》2012年第5期。

[54] 这一理由为迟颖博士的总结，参见《合同法上附随义务之正本清源——以德国法上的保护义务为参照》，《政治与法律》2011年第7期。

[55] 参见刘言浩《宾馆对住客的保护义务——王利毅、张丽霞诉上海银河宾馆损害赔偿上诉案评析》，《法学研究》2001年第3期。

[56] 叶榅平博士总结的理由，见《合同中的保护义务研究》，法律出版社2010年版，第115页以下。

[57] 参见张新宝、唐青林《经营者对服务场所的安全保障义务》，《法学研究》2003年第3期。

[58] 参见黄松有主编《最高人民法院人身损害赔偿司法解释的理解与适用》，人民法院出版社2003年版，第107页。

[59] 参见韩世远《合同法总论》（第3版），法律出版社2011年版，第252页。

[60] 张家勇：《合同保护义务的体系定位》，《环球法律评论》2012年第5期。

[61] 吴宏、丁广：《合同法视野下的金融机构安全保障义务》，《人民司法》2009年第12期。

[62] 参见叶榅平《适用保护义务的界限和依据——以保护义务的法律性质为中心》，《法商研究》2008年第6期。

[63] 参见韩世远《合同法总论》（第3版），法律出版社2011年版，第251页以下；迟颖：《合同法上附随义务之正本清源——以德国法上的保护义务为参照》，《政治与法律》2011年第7期。

[64] 邱雪梅：《试论民法中的保护义务——“两分法”民事责任体系之反思》，《环球法律评论》2007年第5期；另参见邱雪梅《保护义务与保护责任——广州谭静醉酒坠楼案引发的思考》，《广州大学学报》（社会科学版）2010年第5期。

[65] 参见迟颖《合同法上附随义务之正本清源——以德国法上的保护义务为参照》，《政治与法律》2011年第7期。

[66] 张家勇：《论违反合同保护义务的归责标准》，《西南民族大学学报》（人文社会科学版）2013年第2期。

[67] 陈自强：《民法讲义II：契约之内容与消灭》，法律出版社2004年版，第78页。

[68] 参见邱雪梅《试论民法中的保护义务——“两分法”民事责任体系之反思》，《环球法律评论》2007年第5期。

[69] 王利明：《侵权责任法与合同法的界分——以侵权责任法的扩张为视野》，《中国法学》2011年第3期。

[70] 参见张家勇《为第三人利益的合同的制度构造》，法律出版社2007年版，第13页。

[71] 参见王利明《合同法研究（修订版）》（第1卷），中国人民大学出版社2011年版，第123页；崔建远：《合同法》，北京大学出版社2012年版，第30页。

[72] 参见朱广新《合同法总论》（第2版），中国人民大学出版社2012年版，第354页。

[73] 参见薛军《论〈中华人民共和国合同法〉第64条的定性与解释——兼与“利他合同论”商榷》，《法商研究》2010年第2期。

[74] 参见王利明《合同法研究（修订版）》（第1卷），中国人民大学出版社2011年版，第123页。

[75] 王利明：《论第三人利益合同》，《法制现代化研究》2002年第2期。

[76] 参见陈任《第三人利益合同的变更和解除》，《法律科学》2007年第5期。

[77] 参见吴文嫔《第三人利益合同之效力根源——法律对第三人合同利益之正当化》，《河北法学》2007年第12期。

[78] 王利明：《合同法研究（修订版）》（第1卷），中国人民大学出版社2011年版，第127页。

[79] 参见张家勇《为第三人利益合同的意志论基础》，《清华法学》2008年第3期。

[80] 冉昊：《论涉他合同》，《山东法学》1999年第4期。

[81] 参见王利明《合同法新问题研究》，中国社会科学出版社2003年版，第390页。作者的观点前后有所改变。

[82] 参见崔建远《为第三人利益合同的规格论——以我国〈合同法〉第64条的规定为中心》，《政治与法律》2008年第1期。

[83] 参见胡康生主编《中华人民共和国合同法释义》，法律出版社1999年版，第112页。

[84] 参见王利明《合同法研究（修订版）》（第1卷），中国人民大学出版社2011年版，第131页。

[85] 参见韩世远《合同法总论》（第3版），法律出版社2011年版，第268页。

[86] 参见崔建远《为第三人利益合同的规格论——以我国〈合同法〉第64条的规定为中心》，《政治与法律》2008年第1期。

[87] 参见韩世远《合同法总论》（第3版），法律出版社2011年版，第268页。

[88] 参见房绍坤《民商法问题研究与适用》，北京大学出版社2002年版，第210页；叶金强：《第三人利益合同研究》，《比较法研究》2001年第4期。

[89] 薛军：《论〈中华人民共和国合同法〉第64条的定性与解释——兼与“利他合同论”商榷》，《法商研究》2010年第2期。

[90] 参见薛军《利他合同的基本理论问题》，《法学研究》2006年第4期。

[91] 参见房绍坤《民商法问题研究与适用》，北京大学出版社2002年版，第210页；叶金强：《第三人利益合同研究》，《比较法研究》2001年第4期。

[92] 参见王利明《论第三人利益合同》，《法制现代化研究》2002年第2期。

[93] 参见张民安《论为第三人利益的合同》，《中山大学学报》（社会科学版）2004年第4期；张家勇：《为第三人利益的合同的制度构造》，法律出版社2007年版，第363页。

[94] 参见张家勇《为第三人利益的合同的制度构造》，法律出版社2007年版，第364页以下。

[95] 薛军：《利他合同的基本理论问题》，《法学研究》2006年第4期。

[96] 参见薛军《论〈中华人民共和国合同法〉第64条的定性与解释——兼与“利他合同论”商榷》，《法商研究》2010年第2期。

[97] 参见尹田《论涉他契约——兼评合同法第64、65条之规定》，《法学研究》2001年第1期。

[98] 参见韩世远《合同法总论》（第3版），法律出版社2011年版，第271页。

[99] 参见朱广新《合同法总论》（第2版），中国人民大学出版社2012年版，第354页。

[100] 参见朱岩《利于第三人合同研究》，《法律科学》2005年第5期；张家勇：《为第三人利益的合同的制度构造》，法律出版社2007年版，第17页。两者也存在差异。前者将抵偿关系称为原因关系，后者认为抵偿关系与对价关系合称原因关系。

[101] 参见王利明《合同法研究（修订版）》（第1卷），中国人民大学出版社2011年版，第149页。

[102] 参见韩世远《合同法总论》（第3版），法律出版社2011年版，第275页。

[103] 参见朱岩《利于第三人合同研究》，《法律科学》2005年第5期；王利明：《合同法研究（修订版）》（第1卷），中国人民大学出版社2011年版，第150页。

[104] 参见王利明《合同法研究（修订版）》（第1卷），中国人民大学出版社2011年版，第150页。

[105] 参见陈任《第三人利益合同的变更和解除》，《法律科学》2007年第5期。

[106] 参见韩世远《合同法总论》（第3版），法律出版社2011年版，第273页以下。

[107] 参见陈任《第三人利益合同的变更和解除》，《法律科学》2007年第5期。

[108] 参见朱岩《利于第三人合同研究》，《法律科学》2005年第5期。

[109] 参见王利明《合同法研究（修订版）》（第1卷），中国人民大学出版社2011年版，第146页。

[110] 参见张家勇《为第三人利益的合同的制度构造》，法律出版社2007年版，第324页。

[111] 参见吴文嫔《论第三人利益合同法律关系之变动》，《法学杂志》2008年第6期。

[112] 参见朱岩《利于第三人合同研究》，《法律科学》2005年第5期。

[113] 参见张家勇《为第三人利益合同的意志论基础》，《清华法学》2008年第3期。

[114] 参见韩世远《合同法总论》（第3版），法律出版社2011年版，第273页。

[115] 参见张民安《论为第三人利益的合同》，《中山大学学报》（社会科学版）2004年第4期。

[116] 参见朱岩《利于第三人合同研究》，《法律科学》2005年第5期。

[117] 参见王利明《合同法研究（修订版）》（第1卷），中国人民大学出版社2011年版，第148页。

[118] 参见朱岩《利于第三人合同研究》，《法律科学》2005年第5期。

[119] 参见张民安《论为第三人利益的合同》，《中山大学学报》（社会科学版）2004年第4期。

[120] 参见王利明《合同法研究（修订版）》（第1卷），中国人民大学出版社2011年版，第150页；韩世远：《合同法总论》（第3版），法律出版社2011年版，第275页。

[121] 参见朱岩《利于第三人合同研究》，《法律科学》2005年第5期。

[122] 参见韩世远《合同法总论》（第3版），法律出版社2011年版，第275页。

[123] 参见胡康生主编《中华人民共和国合同法释义》，法律出版社1999年版，第112页。

[124] 参见张民安《论为第三人利益的合同》，《中山大学学报》（社会科学版）2004年第4期。

[125] 参见薛军《利他合同的基本理论问题》，《法学研究》2006年第4期。

[126] 参见张家勇《为第三人利益的合同的制度构造》，法律出版社2007年版，第368页。

[127] 参见崔建远《为第三人利益合同的规格论：以我国〈合同法〉第64条的规定为中心》，《政治与法律》2008年第1期。

[128] 朱岩：《利于第三人合同研究》，《法律科学》2005年第5期。

[129] 尹田：《论涉他契约——兼评〈合同法〉第64条、第65条之规定》，《法学研究》2001年第1期。

[130] 参见薛军《论利他法律行为涉他效力的制度建构》，《北大法律评论》第12卷第2辑，北京大学出版社2011年版。

[131] 参见葛云松《意思自治原则的理论限度——评〈论利他法律行为涉他效力的制度

建构〉》，《北大法律评论》第12卷第2辑，北京大学出版社2011年版。

[132] 参见刘承韪《合同相对性理论的起源与流变：现代意义合同相对性在两大法系确立过程之比较》，《南京大学法律评论》2007年春/秋季号。

[133] 参见张金海《论双务合同中给付义务的牵连性》，《法律科学》2013年第2期。

[134] 参见崔建远《履行抗辩权探微》，《法学研究》2007年第3期；王利明：《合同法研究（修订版）》（第2卷），中国人民大学出版社2011年第2版，第62页。

[135] 崔建远：《合同法》（第5版），法律出版社2010年版，第137页。

[136] 参见韩世远《构造与出路——中国法上的同时履行抗辩权》，《中国社会科学》2005年第3期。

[137] 参见王利明《合同法研究》（第2卷），中国人民大学出版社2003年版，第80页以下。

[138] 参见傅鼎生《不安抗辩适用之限定》，《法学》2008年第8期。

[139] 如隋彭生《先履行抗辩权刍议》，《政法论坛》1997年第3期；韩世远：《构造与出路：中国法上的同时履行抗辩权》，《中国社会科学》2005年第3期。

[140] 参见崔建远《合同法》（第5版），法律出版社2010年版，第138页。

[141] 参见马强《试论同时履行抗辩权》，《法学论坛》2001年第2期。

[142] 参见王利明《合同法研究（修订版）》（第2卷），中国人民大学出版社2011年版，第72页。

[143] 参见崔建远《合同法》（第5版），法律出版社2010年版，第138页以下。

[144] 参见施建辉《同时履行抗辩之适用限制》，《华东政法大学学报》2007年第4期。

[145] 参见王利明《合同法研究》（修订版）（第2卷），中国人民大学出版社2011年版，第71页；杨国平：《合同附随义务的违反与同时履行抗辩权之适用》，《黑龙江省政法管理干部学院学报》2010年第7期。

[146] 参见王闯《论双务合同履行中的同时履行抗辩权——兼释〈合同法〉第六十六条及其适用中的相关疑难问题》，《法律适用》2000年第12期。

[147] 参见崔建远《合同法》，北京大学出版社2012年版，第130页。

[148] 参见韩世远《合同法总论》（第3版），法律出版社2011年版，第286页。

[149] 参见崔建远《合同法》，北京大学出版社2012年版，第131页。

[150] 参见王利明《合同法研究》（修订版）（第2卷），中国人民大学出版社2011年版，第72页。

[151] 参见韩世远《构造与出路——中国法上的同时履行抗辩权》，《中国社会科学》2005年第3期。

[152] 参见付莹《论同时履行抗辩权在各种违约形态下的正确行使》，《西北民族大学学报》（哲学社会科学版）2006年第1期。

[153] 参见崔建远《合同法》（第5版），法律出版社2010年版，第142页。

[154] 参见朱广新《合同法总论》（第2版），中国人民大学出版社2012年版，第480页。

[155] 参见王利明《合同法研究（修订版）》（第2卷），中国人民大学出版社2011年版，第74页。

[156] 参见王利明《合同法研究（修订版）》（第2卷），中国人民大学出版社2011年版，第69页；李永军：《合同法》（第3版），法律出版社2010年版，第457页。

[157] 参见崔建远《合同法》（第5版），法律出版社2010年版，第140页。

[158] 参见马强《试论同时履行抗辩权》，《法学论坛》2001年第2期。

[159] 参见何平、邓剑光《论合伙合同中同时履行抗辩权的适用》，《当代法学》2002年第9期。

[160] 参见崔建远《合同法》（第5版），法律出版社2010年版，第139页以下。

[161] 参见韩世远《合同法总论》（第3版），法律出版社2011年版，第302页以下。

[162] 参见朱广新《合同法总论》（第2版），中国人民大学出版社2012年版，第482页。

[163] 李永军：《合同法》（第3版），法律出版社2010年版，第461页。

[164] 参见韩世远《构造与出路——中国法上的同时履行抗辩权》，《中国社会科学》2005年第3期。

[165] 参见崔建远《合同法》（第5版），法律出版社2010年版，第141页。

[166] 参见王利明《合同法研究（修订版）》（第2卷），中国人民大学出版社2011年版，第74页。

[167] 参见隋彭生《先履行抗辩权刍议》，《政法论坛》1997年第3期；周立胜：《先履行抗辩权初探》，《河北法学》1999年第6期。

[168] 参见胡康生主编《中华人民共和国合同法释义》，法律出版社1999年版；王利明：《合同法研究（修订版）》（第2卷），中国人民大学出版社2011年版。

[169] 参见朱广新《合同法总论》（第2版），中国人民大学出版社2012年版，第484页。

[170] 王利明：《合同法研究（修订版）》（第2卷），中国人民大学出版社2011年版，第82页。

[171] 参见崔建远《先履行抗辩权制度的适用顺序》，《河北法学》2012年第12期。

[172] 参见崔建远《合同法》（第5版），法律出版社2010年版，第145页。

[173] 参见李虎、张新《主从给付义务关系可以产生后履行抗辩权》，《法学》2007年第8期。

[174] 参见崔建远《合同法》（第5版），法律出版社2010年版，第144页。

[175] 参见崔建远《履行抗辩权探微》，《法学研究》2007年第3期。

[176] 参见朱广新《先履行抗辩权之探究》，《河南省政法管理干部学院学报》2006年第4期。

[177] 参见王利明《合同法研究（修订版）》（第2卷），中国人民大学出版社2011年版，第84页。

[178] 参见王利明《合同法研究（修订版）》（第2卷），中国人民大学出版社2011年版，第84页。

[179] 参见肖丕国、祁圣友《后履行抗辩权的适用难点》，《人民法院报》2004年3 月24日。

[180] 参见韩世远《合同法总论》（第3版），法律出版社2011年版，第308页。

[181] 参见朱广新《先履行抗辩权之探究》，《河南省政法管理干部学院学报》2006年第4期。

[182] 参见梁慧星《民法学说判例与立法研究》，中国政法大学出版社1993年版，第82—83页。

[183] 参见王利明《合同法研究（修订版）》（第2卷），中国人民大学出版社2011年版，第84页。

[184] 参见崔建远《合同法》，北京大学出版社2012年版，第137页。

[185] 参见许娟《同时履行抗辩权在履行迟延中的适用》，《研究生法学》2009年第5期。

[186] 朱广新：《先履行抗辩权之探究》，《河南省政法管理干部学院学报》2006年第4期；朱广新：《合同法总则》（第2版），中国人民大学出版社2012年版，第484页。

[187] 韩世远：《合同法总论》（第3版），法律出版社2011年版，第308页。

[188] 参见朱广新《先履行抗辩权之探究》，《河南省政法管理干部学院学报》2006年第4期。

[189] 参见韩世远《构造与出路：中国法上的同时履行抗辩权》，《中国社会科学》2005年第3期。

[190] 参见崔建远《履行抗辩权探微》，《法学研究》2007年第3期。

[191] 参见李永军《合同法》（第3版），法律出版社2010年版，第459页；崔建远：《履行抗辩权探微》，《法学研究》2007年第3期。

[192] 参见傅鼎生《不安抗辩适用之限定》，《法学》2008年第8期。

[193] 参见许娟《同时履行抗辩权在履行迟延中的适用》，《研究生法学》2009年第5期。

[194] 参见韩世远《构造与出路：中国法上的同时履行抗辩权》，《中国社会科学》2005年第3期。

[195] 参见朱广新《合同法总则》（第2版），中国人民大学出版社2012年版，第485页以下。

[196] 参见朱广新《先履行抗辩权之探究》，《河南省政法管理干部学院学报》2006年第4期。

[197] 参见彭熙海《论合同法中抗辩权体系之重构》，《求索》2005年第2期。

[198] 如王利明《合同法研究（修订版）》（第2卷），中国人民大学出版社2011年版，第87页；崔建远主编：《合同法》（第5版），法律出版社2010年版，第147页。

[199] 参见王利明、崔建远《合同法新论·总则》（修订版），中国政法大学出版社2000年版，第350页。

[200] 参见韩世远《合同法总论》（第3版），法律出版社2011年版，第311页。

[201] 参见傅鼎生《不安抗辩适用之限定》，《法学》2008年第8期。

[202] 参见崔建远主编《合同法》（第5版），法律出版社2010年版，第147页。

[203] 参见李伟《不安抗辩权、给付拒绝和预期违约关系的思考——以德国法为中心的考察》，《比较法研究》2005年第4期。

[204] 参见崔建远《合同法》，北京大学出版社2012年版，第141页。

[205] 参见范晓峰《论〈合同法〉预期违约与不安抗辩权制度存在的缺陷》，《河北法学》2001年第1期。

[206] 参见张金海《预期违约与不安抗辩制度的界分与衔接——以不履行的可能性程度为中心》，《法学家》2010年第3期。

[207] 参见韩世远《合同法总论》（第3版），法律出版社2011年版，第309页。

[208] 参见崔建远主编《合同法》（第5版），法律出版社2010年版，第147页。

[209] 参见韩世远《合同法总论》（第3版），法律出版社2011年版，第314页。

[210] 参见王利明《合同法研究（修订版）》（第2卷），中国人民大学出版社2011年版，第94页。

[211] 参见葛云松《不安抗辩权的效力与适用范围》，《法律科学》2003年第1期。

[212] 参见韩世远《合同法总论》（第3版），法律出版社2011年版，第314页。

[213] 参见王利明《合同法研究（修订版）》（第2卷），中国人民大学出版社2011年版，第95页。

[214] 参见李薇、黄辉《论不安抗辩权与预期违约——兼谈我国法中不安抗辩权制度的

协调问题》，《当代法学》2002年第2期。

[215] 参见崔建远主编《合同法》（第5版），法律出版社2010年版，第147页以下。

[216] 参见朱广新《合同法总论》（第2版），中国人民大学出版社2012年版，第505页。

[217] 同上。

[218] 参见张金海《预期违约与不安抗辩制度的界分与衔接——以不履行的可能性程度为中心》，《法学家》2010年第3期。

[219] 参见李中原《合同期前救济制度的比较研究》，《法商研究》2003年第2期。

[220] 参见王利明、房绍坤、王轶《合同法》（第3版），中国人民大学出版社2009年版，第233页以下。

[221] 参见李永军《合同法》（第3版），法律出版社2010年版，第516页。

[222] 参见韩世远《合同法总论》（第3版），法律出版社2011年版，第419页。

[223] 参见李先波《预期违约新探》，《环球法律评论》2008年第3期。

[224] 参见葛云松《期前违约规则研究》，中国政法大学出版社2003年版，第19页以下。

[225] 参见李中原《合同期前救济制度的比较研究》，《法商研究》2003年第2期。

[226] 参见王利明《合同法研究（修订版）》（第2卷），中国人民大学出版社2011年版，第516页。

[227] 李先波：《预期违约新探》，《环球法律评论》2008年第3期。

[228] 参见范晓峰《论〈合同法〉预期违约与不安抗辩权制度存在的缺陷》，《河北法学》2001年第1期。

[229] 参见张金海《预期违约与不安抗辩制度的界分与衔接——以不履行的可能性程度为中心》，《法学家》2010年第3期。

[230] 参见李先波《预期违约新探》，《环球法律评论》2008年第3期。

[231] 参见朱广新《合同法总论》（第2版），中国人民大学出版社2012年版，第626页。

[232] 参见李中原《合同期前救济制度的比较研究》，《法商研究》2003年第2期。

[233] 参见刘凯湘、聂孝红《论〈合同法〉预期违约制度适用范围上的缺陷》，《法学杂志》2000年第1期。

[234] 参见李永军《合同法》（第3版），法律出版社2010年版，第513页。

[235] 参见朱广新《合同法总论》（第2版），中国人民大学出版社2012年版，第627页。

[236] 参见徐亚龙《〈合同法〉预期违约阻却机制之建构评析》，《现代法学》2004年第6期。

[237] 参见蓝承烈《预期违约与不安抗辩的再思考》，《中国法学》2002年第3期。

[238] 参见韩世远《合同法总论》（第3版），法律出版社2011年版，第418页以下；王利明：《合同法研究（修订版）》（第2卷），中国人民大学出版社2011年版，第514页。

[239] 参见蓝承烈《预期违约与不安抗辩的再思考》，《中国法学》2002年第3期。

[240] 参见张广兴、韩世远《合同法总则》（下册），法律出版社1999年版，第130页。

[241] 参见葛云松《期前违约规则研究》，中国政法大学出版社2003年版，第212页。

[242] 参见刘凯湘、聂孝红《论〈合同法〉预期违约制度适用范围上的缺陷》，《法学杂志》2000年第1期。

[243] 参见蓝承烈《预期违约与不安抗辩的再思考》，《中国法学》2002年第3期。

[244] 参见刘凯湘、聂孝红《论〈合同法〉预期违约制度适用范围上的缺陷》，《法学杂志》2000年第1期。

[245] 参见李薇、黄辉《论不安抗辩权与预期违约——兼谈我国法中不安抗辩权制度的协调问题》，《当代法学》2002年第2期。

[246] 参见李军《默示预期违约与不安抗辩权制度法系适应性之探讨》，《政法论坛》2004年第4期。

[247] 参见李永军《我国合同法是否需要独立的预期违约制度》，《政法论坛》1998年第6期。

[248] 参见李永军《合同法》（第3版），法律出版社2010年版，第517页以下。

[249] 参见葛云松《期前违约规则研究——兼论不安抗辩权》，中国政法大学出版社2003年版，第88页。

[250] 参见李伟《不安抗辩权、给付拒绝和预期违约关系的思考——以德国法为中心的考察》，《比较法研究》2005年第4期。

[251] 参见刘凯湘、聂孝红《论〈合同法〉预期违约制度适用范围上的缺陷》，《法学杂志》2000年第1期；范晓峰：《论〈合同法〉预期违约与不安抗辩权制度存在的缺陷》，《河北法学》2001年第1期。

[252] 参见王利明《合同法研究（修订版）》（第2卷），中国人民大学出版社2011年版，第516页。

[253] 参见蓝承烈《预期违约与不安抗辩的再思考》，《中国法学》2002年第3期；王利明：《合同法研究（修订版）》（第2卷），中国人民大学出版社2011年版，第91页以下。

[254] 韩世远：《合同法总论》（第3版），法律出版社2011年版，第316页。

[255] 参见张金海《预期违约与不安抗辩制度的界分与衔接——以不履行的可能性程度为中心》，《法学家》2010年第3期。

[256] 参见韩世远《合同法总论》（第3版），法律出版社2011年版，第519页。

[257] 参见李伟《不安抗辩权、给付拒绝和预期违约关系的思考——以德国法为中心的考察》，《比较法研究》2005年第4期。

[258] 彭熙海：《论我国合同法中抗辩权体系之重构》，《求索》2005年第2期。

[259] 参见葛云松《期前违约规则研究》，中国政法大学出版社2003年版，第193页。

[260] 参见朱广新《合同法总论》（第2版），中国人民大学出版社2012年版，第490页以下。

第七章　合同的履行、保全与转让（下）

第一节　代位权

一　代位权的适用范围

《合同法》第73条规定了代位权制度："因债务人怠于行使其到期债权，对债权人造成损害的，债权人可以向人民法院请求以自己的名义代位行使债务人的债权，但该债权专属于债务人自身的除外……"因其条文简约，为裨司法适用，《合同法司法解释一》的重点之一就是规定代位权的实体与程序问题。在《合同法》颁行后，学界热议的问题首先就是代位权的适用范围。

（一）债权的范围

《合同法》第73条只规定了债务人怠于行使其到期债权的，债权人可行使代位权，但未明文规定对哪些债权可行使代位权。学界对此存有争议，可概括为限制说与扩张说。

1.限制说

该说认为，扩大代位权行使的客体范围，固然有利于保障债权人，但代位权突破了合同相对性规则，已经对第三人产生了约束力，故应明确限制其适用范围，尤其是其客体必须严格限制。而且《合同法》是第一次在法律上确认代位权制度，盲目扩大代位权适用的客体范围，会产生一些新的纠纷。[1]

《合同法司法解释一》第13条明确将"债权"限定于"具有金钱给付内容的到期债权"，实务界人士称之为代位权行使的"货币性"要件。其理由在于，对非金钱给付内容的权利行使代位权对债权的保障意义不大，又有过多干预债务人权利之嫌，而且程序复杂，故不宜将其作为代位权的标的。[2]

2.扩张说

该说认为，各种债权、物权及物上请求权（如所有物返还请求权）、形成权、债权人的代位权和撤销权、诉讼法上的权利（中断诉

讼时效的权利与申请强制执行的权利）和公法上的权利等，均可以成为代位权的标的。[3] 扩张说通常主张对《合同法》第73条运用目的性扩张解释方法，认为可代位行使的债务人对于第三人的权利包括：①纯粹的财产权利，如合同债权、损害赔偿请求权、不当得利返还请求权、基于无因管理而生的偿还请求权、物权及物上请求权、以财产利益为目的的形成权（如合同的解除权、撤销权、抵销权、买回权、选择权等）；②以财产上的利益为目的的让与权、清偿受领权等；③诉讼上的权利，如代位提起诉讼，申请强制执行等权利。[4]

扩张说反对《合同法司法解释一》第13条的限制条件。认为它人为地限缩了债权人代位权制度应有功能的发挥。[5]

（二）债权人的范围

《合同法》第73条将代位权人限于“债权人”。保证人承担保证责任后，自然可以行使代位权。但尚未承担保证责任的保证人是否为“债权人”？有学者指出，依《担保法》第31条，保证人承担保证责任后，有权向债务人追偿。追偿权性质上属于债权，所以，尚未承担保证责任的保证人，不属于第73条规定的“债权人”。此外，连带保证人为第73条规定的“债务人”，但因为一般保证人享有先诉抗辩权，故一般保证人并非该条中的“债务人”，对其没有主张债权人代位权的余地。[6]

二　代位权的构成要件

（一）债务人履行迟延与债权保全必要

1.履行迟延

国内通说和司法解释均以债务人陷于迟延为代位权的成立要件。[7] 有争议的是，保存行为是否受这一限制。

几乎所有学者都赞同专为保存行为构成例外，即债权人在履行期届满前基于保存债权的需要可以行使代位权。保存行为是防止债务人的权利变更或消灭的行为，如使诉讼时效中断的行为、买回权行使、破产债权申报等。但对保存行为行使代位权必须以确有必要为前提，即如不及时行使代位权，将导致债务人权利丧失。允许债权人实施保存行为主要是因为，如果债权人必须等到履行期届满以后才能主张代位权，其权利就可能无法实现。[8]

但是，实务界多认为，不宜将代位权的适用扩张至债权人的保存行为。其理由是：《合同法》及《合同法司法解释一》并未对债权人

的保存行为作例外规定，且代位权制度是一个崭新的制度，在具体操作时容易出现问题。[9]

2.保全必要

按照现行法，只有在债务人怠于行使其到期债权，对债权人造成损害时才可行使代位权。理论上称其为“有保全债权的必要”。“必要”是指债权有可能无法依债的内容获得满足。它并不限于债务人无资力，而是包括一切使债权不能依其内容获得满足的危险。[10]

对“保全必要”的判断标准，有学者认为，它应作较严格认定。因为宽泛解释会使合同相对性规则受到非常严重的冲击，可能不利于保护债务人和第三人，也会危害交易秩序。“保全必要”应从三方面判断：债权人对债务人的债权已经到期；债务人构成迟延履行；债务人因怠于行使自己对次债务人的权利，导致自己无力清偿对债权人的债务，即在怠于行使自己的债权与不能清偿自己的债务之间，具有一定的因果联系。[11]

在具体标准的判断上，学界有争议的是，保全必要是否等同于债务人不具有履行资力。

肯定说认为，对不特定物债权及金钱债权，宜采用“无资力说”（债务人责任财产的减少使债权人的债权无法获得清偿）；对特定物债权，宜采用“特定物债权说”（不能按约定内容实现为标准），但若不是请求该第三人交付该特定物，而是主张损害赔偿或支付违约金的，也应以无资力为要件。[12] 或指出“无资力说”应稍加修正，不宜以债务人的责任财产额与债务人所负债务总额简单比较，而应以债务人现实可直接控制的财产是否可清偿债务为标准。[13]

否定说则认为，保全必要即债务人不履行其对债权人的到期债务，又不以诉讼方式或仲裁方式向其债务人主张其享有的具有金钱给付内容的到期债权，与债务人是否“陷于无资力”无关。[14]

（二）债务人怠于行使到期债权

对这一要件，理论和司法界曾有较大争论。如前所述，亦有学者将其作为保全债务的必要性标准。《合同法司法解释一》第13条将“债务人怠于行使到期债权”的含义简化为：“债务人不履行其对债权人的到期债务，又不以诉讼方式或者仲裁方式向其债权人主张其享有的具有金钱给付内容的到期债权，致使债权人的到期债权未能实现。”这一规定引发了热议。

1.肯定说

理由主要是它大大减轻了债权人的举证责任，降低了代位权诉讼的门槛，适应了我国的实际情况。[15]

2.否定说

否定说的理由主要为：

（1）主要从债务人利益出发，认为它“有过分干涉债务人权利自由之处，结果是不当地扩张了债权人代位权的运用”。另外，诉讼时效的中断除提起诉讼之外，还包括“当事人一方提出要求”等，且次债务人不认为其怠于行使其到期债权的，应当承担举证责任。[16] 或认为，它漠视现行法上权利行使的多种途径和方式，不当地排除了当事人最为常态的行使权利的形式——直接向义务人主张权利。而且，判断债务人是否怠于行使权利不宜限于行使权利的过程，而应兼顾行使权利的结果，即次债务人是否已向债务人清偿的结果。否则，债务人与次债务人谎称债务人已经行使权利，就会使这一规定变得毫无实际价值。[17]

（2）主要从债权人利益切入，认为《合同法司法解释一》“第13条第1款的规定，存在着严重抑制代位权之构成的缺陷，偏离了《合同法》规定代位权的根本意旨”。由于代位权旨在保全债权，债权存在不能实现的危险才是代位权存在的根本。代位权诉讼的本质是不得已扩张合同相对效力的后果，其目的是为了债权自我保全，因此在利益衡量上，债权人应优先，不应让债权人承担过多举证责任。[18]

另有学者指出了《合同法司法解释一》的疏漏，即没有提到债务人在其债权到期以后应当及时主张权利的问题。“严格地说，判断是否怠于行使权利，还必须考虑债务人是否及时行使。因为债务人在债权到期以后很长一段时间内（如1年以后）才采取诉讼方式或者仲裁方式向其债务人主张到期债权的，也当然构成怠于行使权利。”[19]

三　代位权的法律效力：入库规则与效率规则

（一）入库规则

《合同法》未明确代位权诉讼后，代位权人（债权人）是否可优先受偿。依传统的代位权法理，代位权人没有优先受偿权，行使代位权取得的财产应先归入债务人的责任财产，作为全体债权人的共同担保。代位权人只能依据债务清偿的实体规则与程序规则，从债务人处获得清偿。这一制度符合债权的平等性，保障了债权人平等受偿。按照这种效力模式，代位权的行使并非实现债务清偿，而只是债权实现

的环节之一。这真正体现了代位权是债的“保全”制度，而非债的“清偿”制度。有学者将其形象地称为“入库规则”。[20]

“入库规则”的基础主要是债的平等性：“代位权本身与代位权的客体并不是一回事，代位权的客体是归属于债务人的，故其结果也应归属于债务人。”代位权是一种对全体债权人的共同担保的制度，也是保全债务人责任财产的制度（即共同担保的保全），代位权通过“共同担保的保全”来实现债权人“自己债权的保全”，因此，债权人代位权行使的效果直接归属于债务人。但是，如果债务人仍怠于受领，债权人可代位受领。[21] 或认为，债权人提起代位诉讼的，在法律上应被视为无因管理。[22] 无因管理的后果就应归属于全体债权人，即无因管理中的本人。

（二）效率规则

《合同法司法解释一》第20条规定：“债权人向次债务人提起的代位权诉讼经人民法院审理后认定代位权成立的，由次债务人向债权人履行清偿义务，债权人与债务人、债务人与次债务人之间相应的债权债务关系即予消灭。”它确立了代位权人的优先受偿权。为简便计，本书将这一规则称为“效率规则”。因为诸多学者赞同“入库规则”，所以对“效率规则”，学界的观点截然不同。

1.赞成论

有学者高度评价《合同法司法解释一》的这一创新：“我国的债权人代位权制度已在功能上发生了质的飞跃。”[23] 或将其合理性归结为：“一方面，此种方式具有较强的可操作性，任何债务人只要主动向法院主张权利，就能够得到相应的保护，且此种保护也是符合债权保护的基本精神的。另一方面，此种方案有利于鼓励债务人积极地保护自己的债权。债权人作为自己利益的最佳判断者，应当根据自身的情况去判断提起诉讼的成本和败诉的风险，并获取通过积极的诉讼活动而取得的利益。”[24]

赞成论的具体理由为：

（1）符合效率原则。“入库规则”只强调债权平等，不问各债权人在追索债权时付出的代价，会使其他债权人选择“搭便车”，严重挫伤债权人行使代位权的积极性。而且，按照“入库规则”，债权人要实现债权，可能需要提起代位之诉与给付之诉，程序复杂且成本过高。相反，按照“效率规则”，次债务人向债权人履行义务，债权人对债务人与次债务人的两个诉讼合并审理，减少诉讼环节，实现诉讼经济。代位权制度也无须再与破产制度、任意清偿、强制执行相结合。[25]

（2）符合立法目的，有利于实现代位权制度的终极目的。“入库规则”可能会使债权保全目的落空，因为如果债务人已处分财产，债权人提起代位权诉讼就没有任何意义，还必须行使撤销权。“效率规则”符合我国权利主体权利意识薄弱的实际状况，有利于逐步摆脱代位权实现难的困境。[26]

（3）符合不告不理原则。债务人的其他债权人未主张权利的，其行使的是处分权，应予尊重。其他债权人不仅事前有权主张，事后仍可向其主张权利，况且债务人并未破产，代位权诉讼属于个案的普通诉讼，有别于破产程序，故债权人并非均应参加诉讼。[27] 它隐含的意思之一是，代位权诉讼判决的效力不应及于没有参加诉讼的当事人。

（4）不违反平等原则。其一，“从尽快稳定秩序、促进经济快速运行，追求社会财富的最大化增长出发，理应对不积极行使权利者予以限制”[28] 。代位权人的优先受偿权得益于自身积极行使权利的努力和相应的成本投入，故不可谓不公平。[29] 其二，“先下手为强”亦是平等的表现。既然所有债权人都有权行使代位权，在债务人严重资不抵债时，还可以申请其破产，“效率规则”谈不上对其他债权人的损害。而且，两个以上的债权人以同一次债务人为被告提起代位权诉讼的，法院可以合并审理，债务人财产不足的，依据各自债权数额的大小按照比例分配；每一个债权人行使代位权的范围都以其债权（包含行使代位权的必要费用）为限。[30] 其三，债权平等性的含义包括两方面：一是指在破产程序或多项债权并案处理时，债务人财产不足以清偿全部债务时，债务人应按债权的数额比例获得清偿；二是指单个债权人可依其行使请求权的顺序先后受偿，而不是依债权到期的先后顺序受偿，更不依债权成立的顺序受偿。[31]

2.否定论

反对理由主要集中在如下几方面：

（1）违反债权平等原则。“该规则实质上赋予了代位权一种优先受偿权，成了一种优先受偿的特权。”[32] 或质疑“债权人根据其债权何以能够支配债务人的特定财产？”[33]

（2）违反共同担保原则。效率规则不仅破除了债的平等性，而且也违反了代位权保全责任财产的目的。[34]

（3）违反代位权的基本含义。效率规则“实质上是在金钱债务场合，借助于抵销制度，使代位权制度发挥了简易的债权回收手段的功能。如果认为代位权行使的结果不归属于债务人，直接地归属于债权人，将无异于使债权人代位权转化为债务人债权的法定移转”[35] 。这

显然背离了代位权的基本含义。

（4）实行“入库规则”在绝大多数情形与优先受偿规则的效力相同，既然如此，“大面积破坏民法制度及其理论”，得不偿失。[36]

除了上述规定外，还有学者坚持中间路线，即“一方面赋予行使代位权的债权人以优先受偿权，另一方面，赋予其他债权人参与分配的权利”[37] 。

（三）解释论与立法论

1.解释论

否定“效率规则”的学者大多提出了限制其适用的解释论方案。如认为对《合同法司法解释一》第20条规定的“由次债务人向债权人履行清偿义务”，可不解释为债权人就次债务人的给付享有优先受偿权，而宜将之解读为：它并未否定“入库规则”，而是在无其他共同债权人主张或依债务人的指令时，次债务人向债权人交付标的物或提供劳务。[38] 或认为，在代位权诉讼中，债务人向债权人转移自己对次债务人的债权是有条件的，即债务人应对次债务人未能实际清偿的代位权人的债权，承担清偿担保责任。[39]

2.立法论

有学者认为，《合同法》应规定次债务人如何向物权担保的债权人与一般债权人清偿债务；应分别规定法院采取了保全措施的债权与未采取保全措施的一般债权的清偿与受领。只有将债权人、债务人、次债务人之间的合同关系合并审理，次债务人履行清偿义务后，三方的债权债务关系才消灭。[40] 或建议规定：“次债务人向债权人清偿使债务人财产减少并且不能清偿对其他债权人的到期债务，债务人的其他债权人有权向法院请求撤销该次债务人向债权人的清偿。”此外，司法解释仅规定“在代位权诉讼中，次债务人对债务人的抗辩，可以向债权人主张”还不够完备，还必须规定“在代位权诉讼中，次债务人对债务人的抗辩向债权人主张经审理认定成立的，债权人的代位权不能成立，债务人对次债务人的债权在相应范围或数额内消灭或者不具有可强制执行效力”[41] 。或建议在司法解释中增加一项规则：法院受理代位权诉讼后，应通知同一债务人的其他债权人参加诉讼，代位权胜诉后果由全体债权人共享。在修法时废除《合同法司法解释一》第20条。[42]

四　代位权存废之争：代位权与代位执行

（一）废除论

《合同法》规定的代位权制度为实务界与理论界肯定，甚少有质疑其存在价值的声音。但《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见》（法发［92］22号）第300条规定：被执行人不能清偿债务，但对第三人享有到期债权的，法院可依申请执行人的申请，通知该第三人向申请执行人履行债务。该第三人对债务没有异议但又在通知指定的期限内不履行的，法院可以强制执行。它规定的执行程序中的代位执行制度，与实体法上的代位权功能有类似之处，激发了学者对代位权诉讼存废的讨论。

废除代位权制度的理由主要为：

（1）从立法例上看，代位权制度并非所有主要国家都承认。

（2）强制执行制度完全可以替代代位权制度。若强制执行规定堪称完善，代位权存在的价值就只是债权人为保全特定债权，代位行使债务人对第三人的特定债权。若将债权人代位权限于金钱债权，其价值将更为减损。

（3）在代位权诉讼中，债务人的地位殊成疑问。代位权三方关系错综复杂，在债权人不通知债务人，直接向第三人行使代位权时，尤易引发债务人权利是否一并遭限制或剥夺、债务人可否行使权利等争议。而且，代位权最多只能消极地使债务人与第三人间法律关系溯及消灭，并不能积极地使债权人获利。[43]

（4）无论是传统民法还是我国现行法上的代位权制度，都在债权人与债务人之间的法律关系尚未经裁判确定时，就使债权人对债务人的债权享有某种权利。这一方面使债权人过早干预了债务人事务，也造成了一系列难以解决甚至无法解决的理论问题。故，这种制度不可取（保存行为之代位除外）。取而代之的应为债权人就债务人对第三人权利的强制执行制度。[44]

（二）保留论

保留论者认为，代位执行制度与代位权制度的性质、行使方法及行使效果等并不相同。从保护债权人利益角度出发，《合同法》第73条与《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见》第300条可以并存，具体的优劣可由债权人依具体案情判断，选择有利者适用。[45] 其理由是：

（1）代位执行制度无法取代代位权制度。这是因为：其一，行使代位权无须对债务人取得执行名义，即可达到债权保全的目的，手续简便。代位执行制度仅适用于债权人与债务人之间的诉讼已经终结

（或仲裁裁决已经作出），并已进入强制执行程序的情形。其二，在代位执行时，一旦第三人向债务执行提出异议，法院就不能强制执行，申请人还是需要通过代位权诉讼解决问题，所以它不能取代代位权诉讼的功能。[46] 其三，代位权的行使不必通过诉讼程序，只有在三方当事人之间对有关债权的存在等问题有争议时，才必须进入诉讼程序。而且被代位行使的权利，除债权外，还包括解除权与撤销权，这些权利显然不是代位执行制度的客体。因此，实体法上的代位权制度有其存在的合理性。在民事诉讼中，债务人的地位可通过修改民诉法得到妥善安排。[47]

（2）代位权制度容许债权人在债的关系存续时为特定行为，预先实现止息纠纷的目的，使债权人乐于与债务人从事交易。此外，若代位权可适用于特定债权，其重要性更加明显。[48]

保留论者还设计了代位执行与代位权的关系规则：将代位执行作为代位权行使的前置程序，代位权的行使置于代位执行之后。其合理性在于：①符合法理。第一，兼顾债权人、债务人和第三人的利益，既保障了债权，又避免了债权人滥用代位权，过早干预债务人的事务；既考虑到第三人行使异议权，又牵制了债务人逃债行为。第二，既有实体法规定的权利基础，又有程序法的权利实现保障。既然实体法规定了代位权，就应辅之以代位权诉讼规则、代位执行程序和保障措施。第三，它还符合“一事一诉”与“不告不理”原则。②符合立法体例。实行代位权与代位执行制度二元制立法模式，日本和中国台湾地区已有成功先例。③具有可行性。它可以解决一些实际问题，如代位执行中第三人异议使债权人债权的实现面临落空的问题；有助于保护代位权诉讼与代位执行中的第三人的权利，而且可以避免权利滥用。[49]

五　评论

《合同法司法解释一》对代位权作了较详细的规定。以下就学界争论的焦点问题略陈管见。

1.代位权的人的优先受偿权

现行法对代位权最大的突破是赋予代位权人优先受偿权，很大程度上脱离了债权保全功能，而转向了债权回收功能。围绕这一问题的争议迄今未有定论。争议的核心在于优先受偿权是否违反了债权平等原则。双方争议的焦点在于如何理解债权平等，如债权平等是否指债权人受清偿机会的平等，破产程序或强制执行程序的平等。传统的债权平等显然是指不论债权成立的先后，债权人都有权就债务人的责任

财产按照比例清偿，因此，它与破产程序和强制执行程序没有必要关联。由此观之，代位权人的优先受偿权显然违背了债权平等原则。另外，在程序法上，代位权诉讼判决的效力及于所有债权人，仅赋予代位权人优先受偿权，也不尽符合程序法的要求。

赋予代位权人优先受偿权的主要目的，是敦促债权人积极行使代位权，避免其他债权人“搭便车”的机会主义心理。债权平等则要求无论何时，债权均应平等受清偿。两者的冲突，也可归结为效率与平等之争。因此，是否赋予代位权人优先受偿权的关键问题在于：它的制度价值是否重要到需要突破债权基本原理的程度？或者，这一制度是否能和其他制度配合，尽可能不伤害债权平等原则？在配套制度方面，有没有可能兼顾效率与平等，也值得研究：如代位权诉讼胜诉后，需经公告后才予以强制执行，其他债权人知悉相关情势的，可申请参与执行分配。

2.代位权与代位执行

代位权与代位执行的功能类似，但一为实体法上的制度，一为程序法上的制度。代位执行需有强制执行依据，而且第三人一旦提出异议，法院不能进行实体审查，当事人只能提起实体审理诉讼。故，虽然代位权对债务人的自由构成重大干涉，但决定其存废的，不可能是因为代位执行制度可以代替它，而是基于价值衡量。

3.代位权之诉

代位权诉讼中的三方关系复杂，其程序与各方主体利益攸关，许多问题亟须深入研究。例如，现行法规定代位权制度只能通过诉讼行使，那么，债务人可否另行起诉次债务人？代位权诉讼判决是否对未参与诉讼的债权人生效？

第二节　撤销权

一　撤销权的适用范围

债权人撤销权的成立要件，大致有两类构成模式：一是不区分有偿行为抑或无偿行为，统一规定债权人撤销权的要件；二是首先区分有偿行为与无偿行为，在此基础上具体设定主观方面和客观方面的要求。《合同法》继受了后一种模式。其第74条第1款规定：“因债务人放弃其到期债权或者无偿转让财产，对债权人造成损害的，债权人可以请求人民法院撤销债务人的行为。债务人以明显不合理的低价转让

财产，对债权人造成损害，并且受让人知道该情形的，债权人也可以请求人民法院撤销债务人的行为。”学界围绕《合同法》撤销权的构成要件，作了相当有价值的讨论。

（一）债权的种类

1.债权人的债权是否限于金钱债权

《合同法司法解释一》第13条将可以行使代位权的对象限定为“具有金钱给付内容的到期债权”。撤销权是否也应如此，学界看法不一。

赞成说认为，债权人撤销权是以责任财产的保全为目的的制度，故，撤销权人的债权应当为金钱债权，包括将来的金钱债权。金钱债权以外的特定债权不能成为撤销权的客体。[50] 否定说则认为，债权也不完全限于金钱债权。非金钱债权的债务人处分财产的行为确有可能损害债权人的债权，因此，债权人也享有撤销权。[51]

这一争议的实质是，在交付特定物的债权中，债权人是否可行使撤销权。如二重买卖中，债务人将该特定物的所有权移转给第三人的，债权人是否可以基于其债权不能实现而撤销债务人的行为。学界达成的共识为债权人不能行使撤销权，其核心理由是，撤销权制度的目的是恢复债务人的责任财产，而不是保障债务人是否能交付特定物。在前述情形，债权人只能通过违约责任获得救济。[52] 折中说则认为，次买受人恶意与撤销权行使的必要性是最基本、最主要的构成要件。在出卖人以明显不合理的低价转让财产，次买受人明知转让财产的行为损害前买人的债权，且出卖人收受价金后难以赔偿先买人因不能取得所有权所遭受的损失时，先买人可以行使撤销权。[53]

2.附特别担保的债权

学界的共识是，若债权上的特别担保足以保障债权实现的，债务人的行为不会危害债权的实现，因此没有必要适用撤销权制度。但是在特别担保不完全时，不论是自始不完全，还是嗣后不完全，在解释上应认为可以发生债权人撤销权。[54]

（三）撤销权的对象

1.可行使撤销权的对象

《合同法》第74条仅规定了三种行为可撤销：放弃其到期债权、无偿转让财产、以明显不合理的低价转让财产。有学者指出，法律严格限定撤销权行使范围的主要原因是，撤销权具有“侵略性”，涉及他人的交易行为，无论是从合同的相对性规则角度，还是从交易安全角

度，债权人都不宜也不得撤销他人的正常交易行为，只有在为数不多的场合，才不得已地允许撤销。[55]

尽管如此，在《合同法》颁行后，就有学者认为，《合同法》对撤销权对象的规定难以涵括债务人损害债权人债权的所有情形。债务人危害债权的行为，无论是合同行为还是单独行为，都可以成为撤销权的标的，兼有私法性质的诉讼行为（如和解、抵销）也可撤销。适法行为也可类推适用。[56] 这逐渐成为学者共识。如认为，作为债权人撤销权对象的法律行为并不限于债权行为，也包括物权行为。如债务人处于无资力状态时，仍在其财产上为个别债权人或者他人设立抵押权，影响债权的平等受偿或者实现的，债权人可以对抵押权设定行为行使撤销权。[57] 或建议通过目的性扩张解释，“补充进催告、通知让与债权、为中断诉讼时效承认债务等准法律行为，以及虽未施行法律行为而法律上给予同一后果的行为，如撤销或不予追认当作实施了法律上的追认”。此外，裁判上的和解抵销、放弃请求、承诺等减少财产或增加财产负担的行为，均可作为撤销权的对象。总之，只要债务人的行为减少了责任财产，并害及债权人的债权，均应成为撤销权行使的对象。[58] 也有学者指出，《合同法》对撤销权对象的规定不仅限定过多、范围太窄，而且作扩张解释还相当困难。[59]

具体到可撤销的行为类型，有学者认为，《合同法》规定“放弃到期债权”是危害债权，而对放弃未到期债权是否危害债权则未作规定，但两者的法律后果是一样的，都会危及债权人的债权，故也应属于被撤销的范围。[60] 这一观点最终开花结果。《合同法司法解释二》第18条补充了三种可撤销的行为：债务人放弃其未到期的债权或放弃债权担保，或恶意延长到期债权的履行期。

2.不能行使撤销权的对象

学界达成的共识为：①事实行为，如债务人导致标的物毁损灭失的行为。②债务人拒绝接受赠与、拒绝从事特定行为而获得利益或无偿为他人提供劳务。③身份行为，如收养子女、抛弃继承权等。④债务人提供劳务的行为。⑤附停止条件债权。

但是，学界对某些行为是否可以撤销，意见不完全一致。如，对债务人将物出租或在物上设立用益物权等在财产上设立负担的行为，是否可以行使撤销权。[61] 又如，对于债务人提供保证的行为，有学者认为，由于保证责任具有不确定性，不能认为提供担保就必然造成财产的减少。只有在债权人有证据证明债务人提供担保时具有转移财产、逃避债务的恶意时，才可以行使撤销权。[62]

二　撤销权的构成要件及其行使

（一）撤销权的构成要件

1.债权应否到期

依《合同法司法解释一》第11条，代位权的构成要件之一是债权人对债务人的债权必须到期。撤销权的构成要件则没有这一要求。其原因在于：①代位权针对的是债务人消极损害债权的行为，除保存行为外，债权人在履行期届满时方可行使代位权；而撤销权针对的是债务人积极损害债权的行为，若不及时行使撤销权，债权期限届满时，债权将无法补救。[63]　②代位权针对的是债务人怠于行使权利的行为，它只是未使债务人的财产增加，但在债权人对债务人债权未到期时，债权人很难确定债务人是否具有足够的责任财产清偿债务；撤销权针对的是债务人处分财产的行为，此种行为将直接导致债务人的责任财产减少，即使在债权人对债务人债务未到期时，债权人也有足够的理由认为债务人减少其财产的行为会造成其资不抵债，甚至是其逃避债务的一种方法，因此应当允许债权人行使撤销权。[64]

2.有害债权

有害债权，即因债务人的行为，致其积极财产减少（如转移所有权、设定他物权、免除债权）或者消极债务增加（如承担债务、保证他人债务），处于不能满足债权的无资力状态。[65]　它是撤销权行使的核心要件。有学者认为，其理由在于，债权人撤销权制度突破了债的相对性，破坏了债务人与第三人之间的法律关系，不仅构成了对交易安全的威胁，也对债务人活动自由和私法自治精神造成威胁，法律必须在强化债权人利益保护和债务人自治及交易安全之间达成平衡，平衡点即为债务人之行为是否有害于债权，以此为界限划分债务人的自由活动空间与债权人对债务人行为干涉的范围。[66]

对“有害债权”标准，学界观点也不尽一致。通说主张，不宜如代位权那样同时采取“无资力说”和“特定债权说”，而应采“无资力说”，以“债务超过”与否为判断标准。即只要债务人在实施处分财产的行为后，已不具有足够资产清偿债权人的债务，则认为该行为严重有害于债权。[67]　但是，也有学者认为，原则上宜采形式论（债务超过）的解释，同时吸收实质论解释的合理之处。对于是否有害债权，不应作简单的算术判断，而应当综合主客观相关情势判断。[68]

《合同法》第74条采观念主义，债务人须明知损害债权人的权利，即知其行为可能引起无资力状态或增加其变为无资力状态的可能

性，无须其有诈害债权的意思。[69] 它还明确规定了“明显不合理的低价”这一要件。对此，有学者批评道：用它取代债务人“明知”要件，有舍本逐末之嫌，其弊首先在于明显缩小了撤销权的适用范围，其次在于加重了撤销权人的举证负担。“不妨认为，‘以明显不合理的低价’旨在以特别事例宣示债务人诈害债权的恶意，而‘转让财产’则包括所有以财产为标的的法律上之处分行为。”[70] 值得一提的是，《合同法司法解释二》第19条明确了认定“明显不合理的低价”的标准：以交易当地一般经营者的判断，并参考交易当时交易地的物价部门指导价或者市场交易价，结合其他相关因素综合考虑予以确认。转让价格低于当地价格百分之七十的，一般可以视为明显不合理的低价。

3.恶意

（1）债务人的恶意

《合同法》第74条并没有规定债权人行使撤销权应以债务人恶意为条件。有学者指出，这并非立法漏洞。债务人为无偿行为或对价明显不合理的有偿行为时，其是否有诈害债权人的恶意，对债权人而言并不重要，重要的是债务人的行为无对价或对价明显不合理，从而损害债权人的利益。因此，强调债务人具有诈害债权人的恶意，其实益并不显著，反而会妨碍债权人行使撤销权。但债务人以明显不合理的低价处分财产时，受让人取得财产付出了相应的对价，若其不知债务人的行为有害于债权人，允许债权人撤销债务人的行为，对受让人甚有不公，而且妨害交易安全。[71]

认定债务人有无恶意，其标准时点应为行为时。行为时不知而后为恶意的，不成立诈害行为。其不知是否出于过失，在所不问。债务人虽有恶意，但事实上未发生有害于债权人的结果时，不视为恶意。[72] 此外，债务人的恶意实行推定原则，即只要债务人超过其清偿能力而为法律行为、对债权人造成损害的，即可推定其为恶意。[73] 详言之，在债务人放弃到期债权、无偿转让财产时，由于债务人没有获得相应的对价，可以推定债务人实施该行为是为了减少其责任财产。但如果债务人能举证证明其从事这些行为并无意损害债权时，不能认为债务人具有恶意。在债务人以明显不合理的低价转让财产时，债权人应举证证明债务人主观上具有恶意。[74]

（2）受让人的恶意

受益人是否恶意应以受益时为准加以判断。受益当时不知情，在受益后才为恶意的，不构成诈害行为。学界对此无疑义。另外，受益人在受益时不知情，是否出于过失，在所不问。受益人的恶意一般要求由债权人举证，但债权人能证明债务人从事了有害于债权的行为，

依当时具体情形应为受益人所知晓的，即可推定受益人为恶意。[75]推定知情有助于保护债权人的利益，又可维护受让人对交易的合理信赖。[76]

对受让人知情的对象，学界均认为，受让人对债务人的恶意无须有认识。只要债权人能够证明受让人知道债务人的转让行为是以明显不合理的低价转让，便可认定受让人与债务人实施民事行为时具有恶意。至于受让人是否具有故意损害债权人的意图，或是否曾与债务人恶意串通，在确定受让人的恶意时不必考虑。[77]

（二）撤销权行使的范围

《合同法》规定“撤销权的行使范围以债权人的债权为限”。这一规定相当模糊，以致对撤销权的债权范围是否应以撤销权本人的债权为限，学界形成了不同观点。

1.肯定说

认为撤销权的行使范围以债权人的债权为限。不过，在诈害行为的标的物为不可分物的场合，宜认为可就不可分物整体主张撤销。[78]

2.否定说

《合同法》颁行之前，通说认为，撤销权的目的在于保全所有一般债权，因此，其行使范围不以保全行使撤销权的债权人享有的债权额为限，而应以保全全体一般债权人之全部债权为限。[79]《合同法》颁行后也有学者认为，撤销权的行使不以行使撤销权的债权人所享有的债权额为限，而应以全体债权人的全部债权为限。但是，若某一债权人已就全部债权额提起撤销权之诉的，其他债权人能否再就此提起诉讼，学界看法不同。有学者持肯定观点，[80]但也有学者认为，撤销之诉的目的在于保全所有债权人的利益，诉讼主体以符合撤销权成立要件的债权人为限，法院的判决仅对诉讼当事人具有既判力，不能及于未行使撤销权的债权人。若撤销权人提起的诉讼败诉，不妨碍其他债权人就债务人的同一行为再行提起诉讼。[81]

三　撤销权的法律效力

（一）撤销权行使的费用

债权人行使撤销权支出的必要费用应由债务人负担，理论与实践都无疑义。但撤销权人应如何求偿，《合同法》未设明文。有学者认为，撤销权行使的必要费用应优于各债权人的债权，因为撤销权是为全体债权人的利益行使的。但是，如果债务人的财产不足以清偿，应

由撤销权人自行承担，否则不仅无法实现债权保全目的，还增加了其他债权人的负担，不符合债的保全制度的宗旨。[82]

（二）撤销权人的优先受偿权

《合同法司法解释一》明确规定代位权诉讼胜诉的，代位权人可优先受偿。撤销权诉讼胜诉后，撤销权人是否与代位权人一样，对通过撤销之诉返还的财产享有优先受偿权？《合同法》及其司法解释并没规定。学界观点亦截然对立。

1.肯定说

主张赋予撤销权人优先受偿权的理由与主张赋予代位权人的优先受偿权的理由相似，可概括如下：

（1）符合撤销权的宗旨，可促使撤销权人积极行使权利。债权人行使撤销权与破产程序和清算程序不同，民法上的撤销权与破产法上的撤销权也不同：前者旨在保护撤销权人实现债权，若撤销权人不能优先受偿，其他债权人必然坐享其成，会使债权人丧失提起撤销权诉讼的积极性，无异于使撤销权制度形同虚设；后者旨在保护众多债权人的公平受偿。[83]

（2）符合“不告不理”原则。各债权人行使撤销权的权利和机会都是平等的。债是相对人之间的法律关系，不具有社会公示性，因此撤销权人无法掌握自己债务人的债权人是谁、债权的数额多少，故保护已提起诉讼的债权人利益乃理所当然。债务人的其他债权人未起诉的，事后仍可主张其权利。此外，行使撤销权的债权人要以全体债权人名义起诉的，必须取得其他债权人的同意和委托授权，否则无权以他人的名义提起撤销诉讼。

（3）符合公平原则。其一，撤销权诉讼属于普通诉讼，有别于破产程序，不存在对其他债权人不公平的问题。其二，符合法定条件的债权人都可以提起撤销权诉讼，两个以上的债权人就债务人的同一行为提起撤销权诉讼的，法院可以合并审理。债务人的财产不足清偿债权的，依据各自债权数额的大小按照比例分配。其三，在撤销权诉讼中，每一个债权人行使撤销权的范围都以其债权（包含行使撤销权的必要费用）为限，只能请求债务人对其所负的债务数额。[84]

（4）符合判决拘束力原则。只有当事人才能享有生效判决确定的权利，在撤销权诉讼中，受法院判决拘束的，只能是参与诉讼的当事人。[85]

亦有学者指出了代位权与撤销权竞合的可能性。如果债权人有证据证明债务人与受让人具有恶意，侵害了债权人的利益的，债权人在

主张撤销权的同时，可以依据《合同法》第73条，直接要求受让人向债权人优先偿还其债务，使撤销权之诉与代位权之诉合二为一，以增强《合同法》第74条的可操作性。[86]

2.否定说

通说认为，撤销权的目的是恢复债务人的责任财产，保障的是一般债权人的利益。故，行使撤销权所获的利益，应归全体债权人共享。行使撤销权的债权人不具有优先受偿的权利，他虽可请求受益人向自己返还，但就其收取的财产并无优先受偿权，它应作为全体债权人的一般担保。[87]

尽管如此，为限制债务人不受领或者再处分，有学者指出，在解释上宜认为可由行使撤销权的债权人代为受领。此外，与债权人行使代位权一样，若债权人所负的返还义务与债务人所负债务构成抵销适状时，债权人可以主张抵销权。[88]

四　其他问题

（一）行使撤销权与主张合同无效

《合同法》第52条规定，“恶意串通，损害第三人利益”和“以合法形式掩盖非法目的”的合同无效。这可能与《合同法》第74条规定的债务人“放弃其到期债权或者无偿转让财产，对债权人造成损害的”情形发生竞合。因合同无效的效力与合同撤销的效力不尽相同，且确认合同无效之诉不受诉讼时效限制，而撤销权诉讼则受《合同法》第75条的除斥期间限制。故两者关系的厘定，对实务影响甚大。

学界大多认为，撤销权与无效存在竞合，甚或认为竞合是常态。因为撤销权构成要件要求债务人与恶意第三人的财产处分行为已经或将要损害债权人的债权。这也可被理解为债务人与恶意第三人通过合同恶意串通，损害了第三人的利益。此时，债权人可以选择适用撤销权还是主张合同无效保护其合法利益。[89]

鉴于我国法并不承认一个合同可以同时发生撤销与无效的法律效力，亦有观点认为，虽然法律不允许对无效行为的撤销，但并不禁止当事人选择何种诉由向法院起诉。当事人对两者的选择主要应考虑其在诉讼中的举证责任：如果债权人有足够证据证明债务人与受让人通谋为虚伪意思表示，则可依据《合同法》第52条第3项诉请该行为无效；反之则债权人行使撤销权较为有利。[90]

（二）统一的“撤销权”概念

《合同法》规定了多种撤销权，其目的均在于救济受害人，恢复其受损的权益或避免其权益受损。这些基于不同事由产生的撤销权能否统一，学界亦有不同见解。

肯定说认为，我国法律上有八种撤销权。有两种涉及第三人行为，即债权人的撤销权和破产撤销权，另六种涉及撤销权人自己的意思表示。撤销权主要有以下三种类型：①行为成立但存在瑕疵；②行为成立但效力未定时善意相对方的撤销权；③行为生效，但基于某种原因而使其效力消灭。又分两种情况，一是针对自己或被继承人的行为，如赠与人或其继承人的撤销权、遗嘱人的撤销权、要约方的撤销权，体现的是私法自治与公平原则；二是针对他方的行为，如债权人的撤销权与破产撤销权，体现的是公平原则和诚实信用原则。这些撤销权可以统一，其定位为法律赋予一方当事人为补救其意思表示瑕疵或避免其遭受显失公平之不利益，而径直或通过诉讼、仲裁等程序使已经成立或生效的自身或他方的民事行为效力归于消灭的权利。[91]

否定说认为，民法的撤销权是通过否定生效行为而否定其法律效力。撤销与撤回不同：撤回否定的对象是行为，撤回无须否定行为效力。撤销否定的对象也是行为，但目的是否定行为效力。民法撤销的对象只能是法律行为、自己行为、生效行为。它是在现有法律效力内对生效法律行为的重新评价。无民事效力的行为、事实行为、他人行为、未生效行为，均非撤销对象。[92]

五　评论

债权人的撤销权是一个古老的主题，但学界对撤销权人的优先受偿权等问题，也提出了新说。值得关注的问题可能还有：对被继承人生前行为的撤销权与撤销之诉；撤销权人的优先受偿权；行使撤销权与请求确认可被撤销的行为无效；商法上的撤销权等。

1.对被继承人生前行为的撤销权与撤销之诉

若被继承人生前实施了构成撤销权对象的行为，债权人不因被继承人的死亡而丧失撤销权。按照《合同法司法解释一》的规定，撤销权之诉的被告是债务人，受益人或者受让人为第三人。在被继承人死亡后，鉴于债权人撤销权胜诉后，第三人应将财产返还给继承人，故应以继承人为被告，即使没有遗产可继承亦如此。但若所有继承人放弃继承的，债权人提起撤销之诉的诉讼格局如何，在现行法上不易解释。

2.撤销权人的优先受偿权

《合同法司法解释一》已规定了代位权人的优先受偿权，撤销权人能否同样享有这一权利？代位权与撤销权同为债权保全手段，保障债权实现的目的相同，按“同样情形同样处理，类似情形类似处理”，加之撤销权行使的难度往往不比代位权低，甚至撤销权人的举证责任还更重，因此对代位权人与撤销权人厚此薄彼，理由并不充分。若代位权人的优先受偿权能证成，则难以否认撤销权人的优先受偿权，两者宜共进退。

3.行使撤销权与请求确认可被撤销的行为无效

债务人与第三人恶意串通损害债权人利益的行为，既是“恶意串通，损害第三人利益”和“以合法形式掩盖非法目的”的行为，也是债权人撤销权的对象。但在举证难度上，“恶意串通”系对主观心态的证明，显然大于证明撤销权要件中的高买低卖的事实。此外，法律对撤销权规定了除斥期间，而依通说与司法实践，合同无效并不受期间限制，因此，债权人请求法院确认无效更有利。但是，这样会架空法律设置撤销权行使期间的目的。

4.商法上的撤销权

商法上的撤销权，学者研究较多的是破产撤销权。此外值得关注的是，若债务人将其优质资产作为公司出资，但评估价远低于市场价格，且公司已成立的，债权人如何行使撤销权？

最高法院《关于审理与企业改制相关的民事纠纷案件若干问题的规定》第6条规定：“企业以其部分财产和相应债务与他人组建新公司，对所转移的债务债权人认可的，由新组建的公司承担民事责任；对所转移的债务未通知债权人或者虽通知债权人，而债权人不予认可的，由原企业承担民事责任。原企业无力偿还债务，债权人就此向新设公司主张债权的，新设公司在所接收的财产范围内与原企业承担连带民事责任。”第7条规定：“企业以其优质财产与他人组建新公司，而将债务留在原企业，债权人以新设公司和原企业作为共同被告提起诉讼主张债权的，新设公司应当在所接收的财产范围内与原企业共同承担连带责任。”按照起草者的原意，它们确立了“债随物走”规则，但这一规则是民法的异数。对此是否应采取诈害债权这一标准，值得思考。

第三节　情势变更

一　情势变更的成文化

在《合同法》施行之前，我国法院就在个别案件中适用情势变更原则，以避免出现严守合同的不公正后果。饶是如此，《合同法》并没有确立情势变更原则。一个重要的原因是，它与商业风险不易区分。[93] 另有学者将《合同法》否定情势变更的主要原因归结为：当时主流理论认为，现有制度可以解决情势变更问题，具体方案主要包括三种：一是不可抗力制度已包含情势变更制度；二是重大误解、显失公平制度在一定程度上可以取代情势变更制度；三是用风险负担规则替代情势变更制度。[94] 但在《合同法》出台之前，国内学界就严格区分不可抗力与情势变更。[95]《合同法》出台后亦如此。[96]

鉴于《合同法》没有规定情势变更原则，对我国法是否应规定情势变更原则，学界看法不一。

大多数学者呼吁将情势变更原则成文化，[97] 并将其合理性归结为基于诚信原则的实质公平。[98] 但在《合同法》颁行前，就有学者认为，情势变更原则很难融入大陆法系民法典传统的逻辑体系，在民法典中找不到合适的位置，只能在判例法中加以明确。因为大陆法系理论首先将情势变更概括为可能使法律关系发生变化的诸多客观因素，从而将情势变更原则规定为一种授权条款，允许法官根据公平原则与诚实信用原则变更原来的法律关系。该原则属于司法变更的范畴，强调的是实质理性，与大陆法系追求的形式理性有明显区别。[99] 在《合同法》颁行后，也有学者认为，虽然《合同法》没有规定情势变更原则，但法院处理情势变更案件并无法律障碍。在法律路径选择上，涉外合同关系可适用国际惯例，国内合同关系则分情况而定：有具体规定时适用规定，无具体规定时，可以适用公平原则。但为维护司法统一，最高法院对适用公平原则处理情势变更案件的问题，可以作出具体、明确的司法解释。[100]

2009年的《合同法司法解释二》第26条正式确立了情势变更制度："合同成立以后客观情况发生了当事人在订立合同时无法预见的、非不可抗力造成的不属于商业风险的重大变化，继续履行合同对于一方当事人明显不公平或者不能实现合同目的，当事人请求人民法院变更或者解除合同的，人民法院应当根据公平原则，并结合案件的实际情况确定是否变更或者解除。"

二　情势变更的界定

（一）情势变更与法律行为的基础

长期以来，我国学界将"情势"界定为作为合同基础的客观事实。

典型的表述为：情势泛指一切与合同有关的客观事实，如战争、经济危机、金融危机与重大政策调整等。[101] 近年来，学界对德国法上的法律行为基础丧失理论作了较多研究，尤其是拉伦茨提出的“修正行为基础说”。该学说将“行为基础”分为主观的行为基础和客观的行为基础。前者是指双方在合同缔结过程中已表明的，且构成双方缔约前提的观念；后者即我国学界通称的“情势”。[102] 德国的法律行为基础理论与我国的情势变更原则的核心差异在于，前者包括双方当事人对合同签订时情势的共同错误判断。如果双方基于这一误判订立合同，即使客观情势没有发生变化，但依然属于法律行为基础障碍的范畴。[103]

我国法与德国法上的主观法律行为基础相似的概念是重大误解。依据《民法通则司法解释》第72条，“重大误解”是指行为人因对行为的性质、对方当事人、标的物的品种、质量、规格和数量等的错误认识，使行为的后果与自己的意思相悖，并造成较大损失。学界讨论的重点是，中国法上的重大误解制度是否与德国法上的主观基础发挥了相同的制度功能？

多数学者认为，两者并不相同。如认为德国法上“情势”（法律行为基础）包括客观基础与主观基础。前者构成合同缔结的基础；后者是指合同双方的某种共同的设想或肯定的期待，当事人在订立合同时都以这种设想和期待为出发点。主观基础与我国法上的重大误解不同，后者是指意思表示的瑕疵，而非形成该意思表示的动机瑕疵。[104] 或认为，重大误解的主体是单方当事人；重大误解的对象限于合同内容，不包括交易基础。因此，它和情势变更原则的要求不完全相同。[105]

至于我国是否应引入主观法律行为基础制度，学界见解不一。

1.肯定论

该说认为，我国未来民法典应当引进法律行为的主观基础制度，并采取分别立法模式，将法律行为基础欠缺制度规定于总则编，将法律行为基础丧失制度规定于合同法编。法律行为基础欠缺制度以意思形成阶段存在瑕疵为由否定法律行为的效力，是对私法自治原则的限制，对传统的法律行为效力制度具有一定的冲击。为了避免动摇私法自治原则，维护交易安全，在设计规则时，应当对法律行为基础欠缺制度规定比较严格的适用条件。[106] 或认为，主观法律行为基础瑕疵虽然称为“共同错误”，但错误的结果往往仅对一方不利，对另一方有利，故只要任何一方知道或者应当知道这种假定条件的存在，并认识到它对合同订立具有决定性意义，即可认定为主观法律行为基础瑕疵。在我国法上，应以诚实信用原则处理共同错误问题，因为双方既

然对合同的同一基本点有共同错误，一方要求对方履行合同就违反了诚实信用原则，亦构成权利滥用。对当事人的救济措施也应视具体情况而定：如果当事人不发生错误就不会订立合同的，应当允许当事人解除合同；如果当事人不发生错误仍然订立合同，但会订立另外内容的合同，应允许当事人变更合同权利义务。[107] 这种观点似倾向于肯定法律行为的主观基础理论。

2.否定论

该说认为，在我国法上，动机错误已经由作为合同效力制度的重大误解制度解决，没有必要讨论其是否适用情势变更原则。[108]

（二）情势变更与合同履行受挫、艰难情形

1.情势变更与合同履行受挫

英美法上的合同履行受挫制度[109] 与大陆法上的情势变更功能相似。通说认为，两者都是合同严守原则的例外，但合同落空包含的内容比情势变更广泛，包括了大陆法上的不可抗力和情势变更。具体而言，合同目的落空的原因是：①非因当事人过失而致标的物灭失；②因战争爆发使合同的履行成为非法；③政府颁布禁令，禁止履行合同；④合同签订后，情况发生根本性变化导致合同基础丧失。[110] 亦有学者将其总结为三类：因意外事件导致履行不能、履行不现实和合同目的落空。其中，履行不能适用于不利事件导致客观履行不能的情形；履行不现实适用于履行客观上可能，但在经济上不可行的情形。合同受挫制度的法律效果主要表现在三个方面：①它是面向未来的。就受挫事由发生之前已履行的部分义务，履行方可以获得相应的报偿。②发生受挫后，当事人可以变更或解除合同。③合同受挫后，受不利事件影响的当事人可以免除违约责任。[111]

一般认为，英美法系的合同挫折大体上相当于大陆法系的情势变更制度和不可抗力制度。[112] 但两者也有区别：①合同挫折比情势变更的适用范围广泛。情势变更制度适用于履约艰难情形；合同挫折适用于履约不能和目的落空情形（美国法以履行不实际取代履约不能，大体相当于履约不能加上履约艰难）。②法律后果不同。情势变更的后果是导致合同的变更或解除，且以变更为第一效力，解除为第二效力；合同受挫的后果是合同关系的自动解除，完全免除当事人的履约义务，一般不允许法院依职权对合同内容进行变更。③对事变的要求不同。情势变更制度要求事变必须是在合同订立之后发生，若在合同订立之前发生，可导致重大误解或推定当事人自愿承担风险。合同挫折中的事变可以发生在缔约之后，也可以发生在缔约之前，只要当事人知道事变是在合同成立之后即可。[113]

2.情势变更与艰难情形

《国际商事合同通则》并没有使用合同目的落空与情势变更，而是同时使用了“艰难情形”（第6.2.2条）与不可抗力（第7.1.7条）这两个术语（2010年版）。“艰难情形”是指由于一方当事人履约成本增加，或由于一方当事人所获履约价值的减少，而发生了根本改变合同双方均衡的事件（第6.2.2条第1款）。有学者认为，“艰难情形”更类似于大陆法系的情势变更，因为它们都建立在履行艰难而非履行不能的基础上，并且两者都区分了不可抗力与情势变更。而英美法中合同落空制度的适用范围除了“目的落空”之外，还包括了“履行不能”或“履行不现实”。但有时某种情形既可视为“艰难情形”，又可看成不可抗力。[114]

（三）情势变更与不可抗力

与不可抗力相比，情势变更强调社会生活环境的重大改变。对两者的差别，学界阐述相当充分。代表性的观点将两者的差异总结为：①前者既可以是自然灾害，也可以是社会异常行为，而后者只能是社会经济形势的巨变，如国家经济政策的变化、计划变更、物价暴涨或暴跌、货币贬值等；②前者一般具有突发性与暂时性，而后者一般具有慢发性与延续性；③前者是已经造成了现实损害，导致合同不能履行，后者一般只是造成合同履行显失公平，只有在发生政府行为时，才可能导致合同履行不能。[115] 整体上看，学界对两者的区分主要着眼于对合同履行的影响程度。通说认为，两者虽均构成履行障碍，但程度不同：不可抗力已构成广义的不能履行；情势变更则是未达到不能履行的程度，或者可能达到履行不能的程度（如部分不能或一时不能），强令合同履行将导致显失公平。[116] 一言以蔽之，不可抗力会导致合同事实上的履行不能，而非经济上的履行不能。[117]

但学者强调的重点亦有差异。如有的强调，情势变更仅包括货币贬值、物价、汇率异常波动等与经济直接相关的事实的变更，而突发战争、自然灾害、罢工、政策法律变动等间接引起客观情况巨变的事实，仅为产生不可抗力的原因，不属引起情势变更的范畴。[118] 或强调，两者的规范目的不同：情势变更着眼于因不可预见的客观情况的变化使继续履行合同明显不公平或不能实现合同目的；而不可抗力的重点则是客观情况不可预见与不可克服。[119]

《合同法司法解释二》第26条将情势变更原则成立的“情势”限制为“客观情况发生了当事人在订立合同时无法预见的、非不可抗力造成的不属于商业风险的重大变化”，本意在于区分不可抗力制度和情势变更原则，但却缩小了情势变更原则的适用范围，遭到诸多学者批

评。指出两者的正确关系是：不可抗力的发生未影响合同履行时，不适用情势变更原则；不可抗力致使合同不能履行时，发生合同解除，也不排斥风险负担规则的适用，但不适用情势变更原则；不可抗力导致合同履行十分困难，但尚未达到不能的程度时，依约履行显失公平的，方适用情势变更原则。[120]

2003年的“非典”严重影响了很多合同的履行。学界一般认为，“非典”属情势变更，并非不可抗力：“若随意扩大解释不可抗力而不考虑当事人特定及具体环境，则必授恶意逃债者以口实，交易安全将荡然无存。”[121]

（四）情势变更与商业风险

在理论上，情势变更与商业风险泾渭分明。学者多从是否为固有风险、可预见程度、是否可归责于当事人、是否能由当事人自行承担四个方面进行区分。[122] 如强调情势变更造成的风险属于意外风险，而商业风险属于从事商业活动所固有的风险，此时作为合同基础的客观情况没有达到异常的变化程度，如股市价格波动、市场供求变化等情形。[123] 或认为商业风险一般体现为市场需求与价格的变化，如银行利率、外汇汇率、供求关系、价格及政策变化等无形风险，而且多为社会行为对社会财富和经济活动所形成的破坏性风险，如市场结构的调整、银行利率的变化、投资环境的改变等，是一种主观的动态风险。[124]

实务界人士多认为，对情势变更或者是商业风险的判断，需要结合具体个案综合考察，审慎得出结论。如涨价很可能属于商业风险，也可能构成情势变更。[125] 最高法院《关于当前形势下审理民商事合同纠纷案件若干问题的指导意见》指出，“商业风险属于从事商业活动的固有风险，诸如尚未达到异常变动程度的供求关系变化、价格涨跌等。情势变更是当事人在缔约时无法预见的非市场系统固有的风险。”法院在判断某种重大客观变化是否属于情势变更时，应当注意综合衡量相关因素，诸如风险类型是否属于社会一般观念上的事先无法预见，风险程度是否远远超出正常人的合理预期，风险是否可以防范和控制，交易性质是否属于通常的“高风险高收益”范围等；并结合市场的具体情况，识别情势变更和商业风险。

早在《合同法司法解释二》出台之前，理论界[126] 和实务界[127] 就深入分析了国家商品房调控政策对商品房买卖合同的影响。代表性的观点是，它应认定为情势变更而非不可抗力，因为国家商品房调控政策并未导致合同在事实上或法律上无法履行。当事人因政策调控导致合同履行困难的，可以解除合同；对售房方造成损失的，应根据公

平原则由双方分担。[128]

三　情势变更的适用

（一）实体条件

1.情势变更原则适用的补充性

情势变更原则是法律原则，在法律适用上，为避免法官“逃向一般条款”，维护法律适用的稳定性，只有在穷尽具体法律规则而不得之后才能适用。故有学者指出，在德国法上，情势变更原则的适用具有补充性，它作为一般条款，只有在具体规范无力提供救济时，才有应用的余地。情势变更原则的补充性具体表现为：其一，意思自治优先。如果当事人已经对有关情形的发生及其处理方法作了明确约定，就不能适用情势变更原则。其二，合同法上原有的风险分配规则优先。只有当适用了这些规则仍不足以合理分配风险时，才适用情势变更原则。[129]

2.情势变更的类型化

情势变更原则既为“原则”，其具体内容就无法事先确定，只能由法院依据个案的具体情形确定。有学者从“原则—规则”的关系入手，认为在法律上，情势变更原则唯一不能客观化的是其适用前提。这必须赋予法官以自由裁量权来解决，法律一般只能规定法官判断时所必须参考的因素。原则规则化的过程表现为自由裁量权的明确，情势变更原则也相应呈现为裁量性规则。故，原则规则化与自由裁量权并不存在冲突。[130]

何时构成情势变更，几乎只能诉诸法官的自由裁量权。为使情势变更的适用得到有效控制，学者对其类型化作了诸多探讨。但对情势变更的类型化是否可能，学界观点不一。

主流观点坚持通过类型化途径，以遏制法官自由裁量权的滥用。如认为，在《合同法司法解释二》已规定了情势变更，为提供判决依据的前提下，法官应依据法律的精神，充分考量个案特殊因素，寻求个案判决的妥当性，并在实践的基础上，逐渐类型化出一些典型的案例，以增加法律的确定性。[131]　否定说则认为，情势变更原则追求实质公平，表现形式多样，无法通过类型化方法穷尽，所以情势变更的类型化既无可能，也不必要。[132]

学者对情势变更的类型化的思路有二：一是抽象出某些具体规则或适用标准；二是总结司法实践适用情势变更原则的案型。

（1）抽象出某些具体规则或适用标准

如认为，给付负担过重规则应为情势变更原则具体化的一条有效途径。履行行为持续时间较长的合同面临情势变更的风险，在履约环境发生无法预见的重大变化，致使当事人之间的利益平衡遭受严重破坏时，应适用情势变更原则。[133]

（2）总结司法实践适用情势变更原则的案型

如将我国司法实践中适用情势变更的案例，总结为三大类型：其一，对价关系障碍，即双务合同中给付与对待给付之间的同等价值关系被严重破坏，又分为三类：①因法律、政策改变而导致的对价关系障碍；②因市场环境改变而导致的对价关系障碍（包括履行严重困难）；③因不可抗力导致的对价关系障碍；其二，合同目的障碍，如因行政行为导致目的障碍和因第三人原因导致目的障碍；其三，共同动机障碍。[134]

3.情势变更在具体合同中的适用

此外，在具体合同领域，也有学者讨论了情势变更原则的适用，主要见于两类合同：一是建设工程施工合同；二是金融衍生品领域的合同。

（1）建设工程施工合同

建设工程领域的合同是否可以适用情势变更原则，学界与实务界观点截然对立。

肯定说认为，在建设方和承包方、供应方、出租方之间，都有适用情势变更原则的可能，因为工程领域的问题个性大于共性，人工费、材料费、地价等价格变化是否与工程存在现实的关联性，利润率与市场大势对各家企业的影响，不能一概而论。[135] 或从德国法理论出发，认为对建设工程施工合同，应首先通过合同解释规则确定合同约定的内容，其次区分合同约定的风险承担和法定的风险，再次判断情势的变化是否“重大”，最后要严格把握“不可苛求”与“牺牲临界”的标准。当事人主张适用交易基础障碍制度，首先须提出调整方案，调整的目的并非在于重置合同当事人之间的等价关系，而仅在于结束一方当事人“不可苛求”的履行状态；调整不成或债权人拒绝调整的，遭受不利益的一方当事人有权请求解除合同。[136]

反对说认为，建设工程施工合同的四种价款确定方式，即成本加酬金、可调价格、固定单价和固定总价，都不适用情势变更原则。[137]

（2）金融衍生品领域的合同

近年来，我国企业与个人广泛参与了各类金融衍生品合同，尤其是场外交易合同。有学者分析了KIKO合约，它是场外金融衍生品交易领域中最流行的外汇期权合约。2008年国际金融危机引发的韩元贬值，导致参与KIKO合约交易的韩国企业遭受重大经济损失，韩国法院适用情势变更原则解除了KIKO合约，引发了广泛争议。但情势变更原则与以风险为交易标的的金融衍生品交易之间存在本质冲突，基于情势变更而否定衍生品合同的效力，是对金融衍生品交易最核心的价值和法律基础的极大冲击。法律应区分特定市场、特定交易与特定合约，审慎对其进行公平救济。[138] 总之，对于金融衍生品合约，原则上不适用情势变更。

（二）程序控制

学界前辈很早就指出，我国应通过严格的程序控制，来限制情势变更原则适用中的伸缩性。这种观念为诸多学者赞同。如有观点认为，基于司法协调、统一与公正的目的，对适用情势变更的案件，在判决前宜征求上级法院的意见，由上级法院协调。此外，判决后宜报上级法院备案，以供上级法院总结经验，指导类似案件的审理。[139] 实务界人士甚至还认为，应构建检、法两家对适用情势变更原则判决的信息共享机制，强化检察机关对法院适用情势变更原则裁判的法律监督力度，以检察权制衡裁判权，有效防范部分审判人员利用情势变更原则进行权力寻租和滥用自由裁量权。[140]

最高法院《关于正确适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释（二）服务党和国家的工作大局的通知》要求，根据案件的特殊情况，确需在个案中适用情势变更原则的，应当由高级人民法院审核。必要时应报请最高人民法院审核。

四　情势变更的法律效力

情势变更原则适用的法律效力，可区分为实体法的效力与程序法上的效力：前者包括再交涉义务、合同解除和合同的变更或修订；后者解决的问题是，对于情势变更，是由当事人主张抑或由法院依职权直接认定，是形成判决抑或确认判决。[141] 学界讨论主要集中于当事人的再交涉义务、合同变更与合同解除。

（一）再交涉义务

再交涉义务是指发生情势变更后，当事人双方就原合同的履行重新进行磋商的义务。通说认为，这是情势变更原则适用的必然效力之一，因为尽可能鼓励当事人重新谈判，有利于最大限度维护合同关系

的稳定，实现当事人利益的平衡。[142] 处于不利地位的人提出重新磋商合同条款时，对方可以自由决定是否磋商。如同意磋商的，就必须遵循诚实信用原则，不得恶意磋商或者突然中止磋商。[143]

《合同法司法解释二》第26条未明确规定“再交涉义务”。但实务界人士认为，在解释上应当肯定当事人之间的“再交涉义务”。[144] 或认为情势变更后，当事人进行协商以期根据新的情况重新缔结合同，本身是一种体现诚实信用原则的行为，值得鼓励。是否能够重新缔结合同，完全依靠双方的充分协商和谈判。[145] 最高法院《关于当前形势下审理民商事合同纠纷案件若干问题的指导意见》也要求法院积极引导当事人重新协商，改订合同；重新协商不成的，争取调解解决。

为保障再交涉义务不致落空，诸多学者均认为，“无救济则无权利”，若不规定违反再交涉义务的法律后果，将使这一义务沦为纯粹道德规范的宣示，而非一项法定义务。违反再交涉义务的，应承担损害赔偿责任。[146] 或强调再交涉是排除情势变更障碍的必经过程，当事人没有选择是否适用再交涉的权利。再交涉不是赋予受不利影响的一方当事人的权利，而是为其设定的义务。相对方违反再交涉义务，使受不利影响的一方当事人丧失与第三人缔结合同的机会，应予赔偿。赔偿范围为受不利影响的一方的实际损失，不包括预期利益损失。[147]

此外，鉴于《国际商事合同通则》第6.2.3条规定：“重新谈判的要求本身并不能使处于不利地位的当事人有权停止履约。”有学者建议，我国法应明确规定，处于不利地位且提出重新谈判要求的一方当事人，无权停止合同的履行。[148]

（二）合同变更与解除

依据合同严守原则，合同成立后的法定变更与解除应受严格控制。因此，情势变更原则的适用应尽量维持原有基本法律关系，只有双方再交涉失败时，才能变更合同；只有当合同变更无益或不可能时，才考虑解除合同。学界对此达成了共识。

1.合同变更

对合同变更的性质，有学者认为，任何一方当事人都没有权利依其单方意思而变更合同的内容，因为司法变更权的运用与当事人的解除权不同，后者显然具有形成权的本质，而前者是请求法院变更合同的权力，性质类似于债权保全中的撤销权。[149]

情势变更可产生合同变更与解除两种效力，当事人是否必须先请求法院变更合同，尔后才能请求解除合同，有学者持反对意见。认为

在情势变更制度中，受情势变更影响的一方享有的是法定的单方变更或解除合同的权利，只能选择行使变更权或解除权，决不能先请求变更合同，然后请求再解除合同。合同变更并非合同解除权行使的前提与必经程序。该变更权“在合同法领域内属于一种性质上全新的权利”，对“传统合同法理论中的合同定义的正确性提出了挑战”。基于一方意志变更后的合同，显然无法用传统合同法理论解释。[150]

对合同变更的条件，有学者指出，判断合同是否可以变更的标准是可苛求原则：即在可苛求因障碍而受不利益的一方当事人继续履行合同时，当事人应当继续履行合同。[151] 值得注意的是，对变更的标准，我国学界鲜有研究。《国际商事合同通则》第6.2.3条采取的标准是“恢复合同的均衡”（restoring equilibrium）；《欧洲合同法原则》第6.111条采取的则是“以公平合理的方式在当事人之间分摊由情势变更所产生的损失和收益。”（In a justand equitablemanner the lossesand gains resulting from the change of circumstances.）

2.合同解除

只有在通过合同变更无法消除情势变更对合同对价障碍的影响时，当事人才能请求解除合同。有学者指出了解除的三种具体情形：合同目的因为情势变更不能实现时；合同履行因情势变更而不能期待时；合同履行因情势变更而丧失意义时。具体言之，雇佣、租赁、借贷等继续性的合同，因情势变更可终止合同。[152] 还有学者表述为，“只有在不可以苛求当事人继续履行合同的情形”，才能解除合同。法院可以主持当事人调解，使其在新的条件下达成新的协议、变更合同内容；若调解不成，方以判决方式处理。[153]

也有学者参酌德国法，认为《合同法》没有设立因重大原因而解除合同的一般规定，合同分则也没有类似的特殊规定，“不能不说是一个缺憾”。如依据《合同法》，租赁期限最长可达20年，在这20年中，社会经济状况、出租人和承租人、建筑物都难免会发生变化，会影响租赁合同的存续。但《合同法》分则关于解除的规定（第219条、第224条、第227条、第231条、第232条、第233条）主要仅限于履行和对待履行方，并未涉及其他可能的原因。这类长期合同均有情势变更原则适用的余地，未来可通过立法或者法律解释加以补充。[154]

（三）情势变更与损害赔偿

在适用情势变更原则变更或解除合同时，主张情势变更的一方是否应承担违约责任？传统上，通说认为，情势变更的目的在于消除因情势变更对当事人造成的不公平后果，因此，因遭受不利的一方不承

担违约责任，也不承担补偿义务。[155]

在《合同法》颁行后，学界甚少研究这一问题。有学者反对通说见解，认为情势变更若绝对免除违约责任，则会导致新的不公平，即让相对方独自承担因合同不能履行而遭受的损失。因此，应根据公平原则，让处于不利地位的一方对相对方遭受的损失承担部分责任。[156]

五　评论

我国合同法学界一直对情势变更原则情有独钟。在20世纪90年代，学界主要援引彭凤至的《情势变更原则之研究》，偏重于基础研究；　21世纪以来，研究逐渐深入，重点是情势变更与相关制度的适用关系。[157]　这是因为情势变更是对当事人的给付平衡因不可归责于当事人的原因被破坏后的救济，其救济手段与其他制度难免重合。兹就如下问题，略陈管见。

1.情势变更与合同严守理念

合同严守被视为古典自然法的三大原则之一，康德的道德哲学亦为其奠定了坚实的基础。通说认为，情势变更则是合同严守理念的例外。但从严格意义上说，它只是绝对化的合同严守观念的例外，而并不违反合同严守理念。因为作为一种道德理念的合同严守本身是公平理念的产物，而无论是将情势变更原则诉诸英美法上的默示条款理论，还是德国法上的法律行为基础理论，其实质都是从公平理念出发，假定当事人严守合同的前提，是缔约情势不变或当事人的合同目的能实现。此外，情势变更原则还间接发挥了消除利用合同赌博（即通过社会与经济局势变化而获利）的功能。正如近代自由主义主要奠基人密尔所指出的，“个人是自身利益的最好法官……当约束人们的契约，规定的不只是简单地做某事，而且是在一个相当长的期间内持续地做某事，并且本人没有任何权利撤销这一约定时，我们就不能假定这一契约是他们自愿达成的，否则将十分荒唐。”[158]

2.情势变更、法律行为主观基础丧失与合同目的落空

德国法上的法律行为基础丧失理论，包括客观的情势变更与主观的法律行为基础丧失。后者即基于对法律行为基础的错误认识而缔结合同，而且往往是共同错误（即当事人同时对决定是否订立合同或影响合同订立条件的事项认识错误）。与此类似的是英美法上的合同落空制度。在我国法上，重大误解制度与情势变更制度都具有导致合同变更的法律效力，差别仅在于适用情势变更只能向法院请求，重大误

解还可以向仲裁机构提起。[159]

但在我国法上，当事人选择适用重大误解或情势变更的空间不大，原因有二：一是两者出现的时间不同。重大误解发生于缔约时，情势变更发生在缔约后。二是我国法上的“情势”限于合同的客观基础，与当事人的主观状态无关。

主观法律基础丧失解决的是两个问题：一是双方当事人基于共同错误订立了合同；二是一方基于某种特殊动机订立合同，后因意外事由（不构成情势变更的事由）发生，导致其合同目的落空。在我国法上，当事人共同错误的，均可撤销合同，而且因双方均无法达到目的，达成解除协议的难度亦不大。但在后一种情形，如甲为观赏乙的演唱会而预先与宾馆订立了住宿合同，后演唱会因艺术家生病而取消，此时如何处理颇费思量。因为在我国法上，演唱会取消很难构成情势变更，更不可能构成不可抗力。甲虽然无法实现其合同目的，但依《合同法》第94条，只有因不可抗力与根本违约造成对方合同目的落空时，对方才能法定解除合同。此外，甲缔约时也不存在重大误解，也无法撤销合同。可见，《合同法》上的“合同目的不能实现”的范围明显小于英美法上的合同目的落空，加之我国法不存在德国法上的主观法律行为基础丧失制度，有时对合同一方保护很难周全。

3.情势变更与不可抗力的法律适用

（1）情势变更、不可抗力与合同解除

《合同法司法解释二》第26条将情势变更分为两种类型：一是继续履行合同对一方明显不公，双方给付的平衡性被严重破坏；其二，不能实现合同目的。其目的之一，即在于清晰区隔情势变更与不可抗力，尽管它没有明确规定在适用情势变更时，何时可以解除合同，但解释上也应以通过合同变更不能达致公平为前提。这与《合同法》第94条第1项（不可抗力致合同目的不能实现的，当事人可解除合同）类似。正如实务界人士所指出的，《合同法》第94条第1项与《合同法司法解释二》第26条中的“不能实现合同目的”含义相同。[160]

（2）情势变更、不可抗力与合同变更

依据《合同法》，在不可抗力发生时，当事人欲解除合同的，唯能适用《合同法》第94条第1项。若不可抗力只是导致合同目的部分不能实现，或者只是造成给付对价关系严重不平衡，当事人是否可以主张解除合同，存在疑问。对前者，适用合同部分解除制度（如《合同法》第165条、第166条对买卖合同部分解除的规定），尚勉强可以解决。但对后者，即因不可抗力造成对价关系严重不平衡的，当事人显然无法解除合同，也无法变更合同。故有学者认为，这属于“法

条内在的不周延，系典型的法律漏洞”，法官可通过个案解释将这种情形纳入情势变更规则的调整范围。[161] 因为情势变更对合同的影响力通常不及不可抗力，当事人尚可变更合同，不容许当事人在不可抗力情形下变更合同，在价值上显然失衡。

认为在不可抗力没有致使合同目的不能实现时，当事人可主张情势变更的观点，虽然在价值权衡上公允，但它将情势变更与不可抗力的效力作了同种处理，模糊了不可抗力与情势变更的界限。因为通说认为，适用情势变更的前提是合同可以履行，只是发生了经济上的履行困难；不可抗力则导致合同不能履行。但通说存在如下两个问题：一是不可抗力并非总是导致合同不履行，也完全可能使合同履行艰难。二是履行不能也包括了不能苛求对方履行的情形（如经济上不能或人身不能），《合同法》第110条部分肯定了这一结论。

（3）情势变更、不可抗力与违约责任

情势变更场合是否发生违约责任，我国法没作规定。按照通说，情势变更需发生在合同履行之前，此时尚未产生违约行为，故与违约责任无关。而且情势变更原则适用的效力是变更或免除债务人的履行义务，所以，情势变更成立时，无论合同变更还是合同解除，当事人均不承担违约责任。至于当事人双方的利益平衡（如损失分担），则由法院在变更合同与解除合同时具体斟酌。

依《合同法》，不可抗力既是法定解除事由，也是法定违约免责事由。《合同法》第117条第1款规定，因不可抗力不能履行合同的，根据不可抗力的影响，部分或者全部免除责任，但法律另有规定的除外。本条规定可作如下三种理解：

其一，在不可抗力造成合同目的不能实现时，当事人可解除合同，不承担《合同法》第97条规定的损害赔偿责任。

其二，在第一种情形，因我国法对不可抗力致合同目的不能实现时并没采取自动解除模式，若当事人不解除合同的，亦不承担违约责任，似乎无法通过承担违约责任的方式间接导致合同自动终止。然而事实并非如此。《合同法》虽然没有将当事人承担违约责任作为合同终止的一种方式，但在理论上，违约责任的承担意味着合同之债转化为第二次债务（损害赔偿之债），所以此时合同也消灭。既然不可抗力是法定违约免责事由，故即使当事人不解除合同的，除非其明确反对合同解除，否则合同也可终止。

其三，不可抗力并没导致合同目的不能实现，但导致履行迟延等违约行为时，债务人对其违约行为不承担违约责任。值得思考的是，虽然《合同法》并没有规定在不可抗力只造成对价关系不平衡时的法

定合同变更权，但不可抗力免责的规定往往会起到变更合同的作用，而且这种变更是“当然变更”而非“裁量变更”，其强度超过了情势变更。如在地震发生导致公路交通无法运行时，债务人虽然可运用航空运输方式及时履约，但法律并不作如此苛求，当事人在地震后通过公路运输履行合同导致迟延的，也无须承担违约责任。可见，在法律效果上，此时相当于合同的履行期限发生了变更。

4.情势变更与不可抗力的竞合

不可抗力与情势变更完全可能发生竞合，甚至相互转化。如在发生自然灾害时，灾区的物价、服务价格都可能突涨，继续履行某些合同必然会导致一方成本剧增；而物价飞涨也可能导致战争这种不可抗力，这已被历史反复证明。由此可以理解，何以《国际商事合同通则》会许可当事人在某些情形选择主张适用不可抗力免责，或主张“艰难情形”重新谈判或改订合同。

5.再交涉义务

在不完备合同的补充中，为顾及私法自治原则，法律要求当事人首先协商，但实际上，这一规定是多此一举，因为当事人若协商成功的，自然不可能起诉到法院，法院也无须通过补充性解释填补合同。与此类似，尽管学界多强调情势变更适用时当事人的再交涉义务，但设置这一义务的意义并不明显。因为若当事人已经起诉到法院，往往表明他们的交涉已经失败，当事人多半难以继续合作，法律强行其交涉，也未必有结果，反而可能使当事人的交易长期悬而不决。若规定不履行再交涉义务应承担损害赔偿责任，但除一方拒绝谈判这种情形，其他情形都难以判断当事人是否履行了义务。就国际合同法示范文本而言，《欧洲合同法原则》第6.111条规定，一方当事人悖于诚实信用与公平交易原则而拒绝磋商或者终止磋商的，应赔偿对方因此遭受的损失。但《国际商事合同通则》则没有相应规定。

6.情势变更约款

在合同实践中，关于情势变更的两种约定值得注意：

一是当事人不能主张情势变更，即无论发生何种情况，当事人都必须如约履行合同。依据契约自由原则，这种约定通常有效。

二是在继续性合同或履行期限较长的一次性合同中，当事人往往约定情势变更条款。典型的是并购合同或股权转让合同中的“重大不利影响条款”（Material Adverse Change，简称MAC），如国内某银行与南非标准银行的合约中规定，如果2007年6月30日南非标准银行的经合并净资产值减少5%以上，或者对南非标准银行的经合并主营

收益的不利影响在6亿兰特以上的，国内银行可按一定标准变更合同或解除合同。这种约定是当事人对情势变更的预先安排，应认定为有效。此外，合同中当事人是否约定了合同重大情势变更及其处理方法，应当通过合同解释或合同补充确定。[162]

第四节 债权让与

一 债权让与的法律构成

债权让与，是指不改变债的关系的内容，债权人通过让与合同将其债权移转于第三人。债权让与和债权让与合同是两个不同的概念，[163] 前者是指债权移转到受让人的过程与结果，是债权变动的一种形态；后者则为引起债权让与的法律原因。学者对债权变动的法律构成亦存在争议，其内容大致与基于法律行为的物权变动类似。但是，债权让与没有财产移转的显性外观，故争议的内容也有差异。这些内容可以总结为两方面：债权让与的独立性与无因性。

（一）债权让与的独立性

债权让与的独立性，是指在发生债权移转义务的原因行为（买卖、赠与等）之外，为了发生债权移转的效果，是否还需要一个法律上独立的、以移转债权为目的的行为？

1.无独立性说（事实行为说）

依通说，我国现行法不承认物权行为：买卖合同与物权变动在法律上不可分割，物权变动是买卖合同的直接法律效力之一，买卖合同之外无须移转物权的法律行为。通说也用这一理论解释债权变动：债权让与合同以当事人的意思表示为要素，故为法律行为；因其在让与人和受让人之间产生了债权债务，故为债权行为；[164] 但债权让与是一个事实行为。除法律、行政法规规定转让债权应当办理批准、登记手续的，债权让与无须采用特别公示方式（《合同法》第87条），让与合同生效，债权立即移转给受让人，无须有形的履行行为。即使对已作成债权证书的债权进行让与时，债权证书的交付也不过是履行从给付义务的方式和一种证据手段。[165]

2.独立性说（法律行为说）

肯定物权行为的学者认为，债权让与是法律行为。债权让与是将债权作为一项财产通过转让而处分，仅以发生债权移转为目的，故是

处分行为，与使义务人负担移转债权义务的债权让与合同（原因行为）判然有别。有学者还强调债权让与和物权行为同为处分行为，但因处分行为的一般理论立足于物权行为，债权让与行为有如下独特之处：①不存在公示的强制要求，在多重让与时，适用成立在先规则；②虽然强调让与人具有处分权能，但无善意取得的适用余地。[166] 鉴于债权转让并无公示外观，有学者将债权让与定位为准物权合同。债权让与既属处分行为，让与人就须有处分权，否则构成无权处分，应依《合同法》第51条处理。此外，“事实行为”说存有疑问：①为何还要单独提出一个有别于债权让与合同的“事实行为”——债权让与？②债权让与中，债权立即移转给受让人，无须有形的履行行为，连债权证书都不必交付，则债权让与的“事实行为”何在？[167]

因为通说认为现行法不承认处分行为，故独立说多结合目的解释、体系解释和历史解释方法，认为我国法上的债权让与应解释为处分行为。[168]

（二）债权让与的有因性

“有因”与“无因”系对两个法律行为效力关系的评价，即作为结果的法律行为与作为原因的法律行为。债权让与的有因与无因，是债权让与（履行结果）的效力是否受债权让与合同（原因行为或基础行为）的影响，若受影响，则为有因；不受影响，则为无因。“因”即法律原因，即债权让与合同。在物权行为独立性与无因性的争议中，赞成独立性的学者多支持无因性，反之则反。但在债权让与独立性与无因性争议中，情形则比较复杂。

1.无因性说

赞成债权让与行为独立说的部分学者认为，债权让与虽基于买卖、赠与、代物清偿等各种原因而发生，但不受原因的影响，即使原因无效，也不影响移转的效力。让与人只能以不当得利为由请求返还，故“颇似物权行为的无因性”。其目的主要是保护受让人的利益。[169]

2.有因性说

肯定债权让与独立说的部分学者认为，在我国法框架下，对债权让与，原则上宜采有因说，原因行为无效或者被撤销时，债权让与不生效力；作为原因行为的合同被解除时，债权自动复归于让与人。但票据债权及其他证券化债权，例外承认债权让与的无因性。[170]

否定债权让与独立性的部分学者也认为，债权让与虽然必有原因行为，但法律却不一定采取有因性原则。在我国法上，对债权让与这一事实行为和债权让与合同之间的关系，原则上应采有因原则，但存

在个别例外，如票据和证券化证券的转让。[171] 如果债权让与合同根本不存在，或者已经被宣告无效或被撤销、被解除时，所发生的转让行为都是无效的，转让人应对善意的受让人所遭受的损失承担损害赔偿责任。[172]

二　债权的可让与性

债权具有可让与性是债权让与合同有效的条件。债权以可转让为原则，《合同法》第79条规定了几种例外情形，如根据合同性质、法律规定和当事人的约定不得转让。学界的议论主要集中于如下方面。

（一）特殊债权的可让与性

1.未来债权

学界并不反对未来债权的让与。如认为，将来才发生的债权的让与是可能的，其形式是预先让与，债权让与于债权发生时生其效力。承认未来债权的让与不仅是商业实践的要求，且在很大程度上可以缓解我国担保物权制度的僵化和呆板。[173] 未来债权让与不仅可以使让与人最大限度地融通资金，还可以降低交易成本、促进财富增长。[174]

但是，学界也充分认识到限制未来债权让与的必要性。如认为，只有产生未来债权的原因法律关系客观存在、内容明确，且权利发生的盖然性极大时，未来债权才具有可让与性。但作为债权发生原因的法律关系尚不存在时，只要该债权存在特定化的明确标准，也具有可让与性。[175] 或认为，未来债权虽可让与，但可能导致欺诈。故应将其适用范围限定在商法领域。此外，应采取“可鉴别性”标准，即在债权产生时或原始合同订立时，可以辨别。[176]

2.打包债权

实践中，资产管理公司（AMC）在接受银行的不良债权后，往往将其做成资产包转让。有学者认为，债权打包让与合同为无名合同，对此有如下两种处理方案：其一，将打包的债权拆包，就每一项债权专门成立一个债权让与，分别赋予其法律效力。这种方案的优点在于符合债权让与的传统意义，符合《合同法》规定的债权让与模式，符合法解释学关于非典型合同适用法律的规则。缺点是不符合当事人的原意，违反了意思自治原则。其二，将一包债权视为一个物，只成立一个债权让与合同。这种方案的优点是符合当事人的原意，贯彻了意思自治原则。但不符合《合同法》规定的债权让与模式，且受让人难以追究瑕疵担保责任。实务中多采取第二种方案，为裨法律适用，需

要适时修正《合同法》或尽快出台司法解释。[177]

3.其他债权

学界亦讨论了其他可转让的债权类型。如认为，可撤销的合同产生的债权、附条件与附期限的债权、预约合同债权原则上都可转让。[178] 或认为，依据合同性质不能让与的债权包括：因债权人变更而导致给付内容变更的债权（如家教），因债务人变更以致债权行使会产生显著差异的债权（如委托合同等），应在特定当事人之间决算的债权（如交互计算合同），某些不作为债权以及某些属于从权利的债权等。[179]

（二）禁止债权让与的特约

禁止债权转让的约定，意为债权人与债务人约定禁止或限制该债权转让。《合同法》第79条承认该约定在当事人之间的效力，但没明确规定它对受让人的效力。《担保法司法解释》第28条后段规定："保证人与债权人事先约定仅对特定的债权人承担保证责任或者禁止债权转让的，保证人不再承担保证责任。"但依最高法院《关于金融资产管理公司收购、处置银行不良资产有关问题的补充通知》（法［2005］62号），国有银行、金融资产管理公司收购、处置不良贷款的，担保债权同时转让，无须征得担保人的同意，担保人仍应在原担保范围内对受让人继续承担担保责任。

几乎所有学者都认为，违反禁止转让约定的转让合同原则上有效，但第三人为恶意的除外。或表述为"禁止债权让与的约定有效，但不得对抗善意第三人。"首先，对让与合同有效的理由，有学者认为，禁止让与约定是对某行为准许或可否（Dürfen）的限制，而处分能力的限制是对能力（Koennen）的限制，两者有所不同。处分能力受限制的，当事人根本不能处分。仅为禁止处分的约定，当事人违反此约定的处分仍属有效。让与人依据约定对债务人承担违约责任。[180] 其次，债权让与对第三人的效力应区分第三人的主观状态：①受让人为善意的，债权让与合同有效，债务人可以追究债权人的违约责任。②受让人恶意的，如债务人不提出抗辩，让与人和受让人之间的债权让与合同有效；若主张的，债权让与合同无效。[181] 这种方案区分了法律禁止债权让与和当事人约定禁止债权让与的不同效力强度和效力范围，兼顾并平衡了财产权的流通性、意思自治、交易安全几项价值。[182] 最后，债权让与对第三人生效，除了善意这一要件外，是否进一步要求第三人无过失？有学者持赞同态度，认为第三人有过失的，不论是重过失还是轻过失，均不予保护。[183]

此外，对《担保法司法解释》第28条，有学者认为，为了与上述

方案协调，对保证债权也应采取同样的立场，即保证人与债权人事先约定仅对特定的债权人承担保证责任或者禁止债权转让的，保证人不再承担保证责任，但债权受让人为善意的除外。因为保证人信赖的主要是债务人，在保证责任承担后，可向债务人有所取偿，债权让与并不改变债务人，也不对保证人的地位产生任何影响，何故对受让人与保证人薄此而厚彼？[184]

三　债权让与通知

债权让与通知是指让与人将债权让与的事实告知债务人的行为。它性质上是观念通知，即不需要债务人承诺，但需要其受领。学者对此达成了共识。有争议的是如下问题。

（一）通知主体

《合同法》第80条第1款规定，债权让与通知的主体是债权人（让与人）。对受让人是否可以成为通知主体，学者观点不一。

1.肯定说

认为受让人也可以成为通知的主体。甚至认为《合同法》上述规定存在法律漏洞，应通过目的性扩张予以填补，允许受让人也作为让与通知的主体，从而便于灵活解决实际问题。但从保护债务人履行安全的角度考虑，受让人为让与通知时，必须提出取得债权的证据。例如，债权让与合同、让与公证书等，否则债务人可以拒绝履行。[185] 或认为，在受让人进行通知的场合，即使债权受让人提供了适当的证据，也可赋予债务人提存其给付的权利。债务人也可以向受让人进行清偿，但要承担债权让与未成立或未生效的风险。[186] 梁慧星教授主持起草的《中国民法典草案建议稿》第789条也规定："受让人持有债权让与文件以及债权的有效证明文件向债务人主张债权的，与让与通知有同一效力。"[187]

2.否定说

认为《合同法》的规定比较合理。[188] 因为尽管让与人和受让人都可以通知，但让与人通知更为合理，因为受让人与债务人可能不熟悉，债务人还要对通知进行审核。[189] 反之，让与人与债务人的关系较密切，且债权让与是债权人处分权利的行为，由债权人通知不仅方便，而且更有利于保护债务人。若由受让人通知，受让人将证明其受让了债权。若让债务人承担审查债权转让真实性的义务，虽然免除受让人的证明责任，但无疑增加了债务人的负担。[190]

（二）通知方式与时间

《合同法》对让与通知的方式与时间未设明文。学界从合同法原理与当事人利益格局角度，对此作了有益分析。

1.通知方式

学界多主张通知的方式应严格限定。如认为让与人通知时，既可采口头形式也可采用书面形式。但受让人通知的，要求应更为严格，不能仅采单纯口头形式，一般还应出示书面证明，如让与人让与其债权所立字据等。[191] 通知必须采取个别通知，即具体通知到每个债务人。采用公告形式可能会因债务人不了解通知的内容而滋生纠纷。[192] 让与通知的内容是债权已被让与这一事实，因此，有必要使债务人了解谁是债权的受让人。受让人为多人时，必须将所有的受让人的名字通知债务人，没有被明示的受让人不得对抗债务人。如仅仅告知债权的受让人为“甲等四人”的，甲之外的债权受让人不得对抗债务人。[193]

对债权让与的诉讼通知方式，学界看法不一。反对者认为，诉讼方式通知不妥；[194] 支持者认为，债权让与通常采取非诉形式通知，但也可采诉讼通知。[195] 前者显然考虑到债务人未必不愿意履行债务，诉讼通知会增加债务人的负担，因为债务人败诉的，要承担诉讼费用。

2.通知时间

债权让与的通知时间主要集中在两个问题：一是通知的最迟时间。通说认为，通知并不要求应当和债权让与同时进行，让与后所作的通知也有效。但是，债权让与通知的时间不得晚于债务履行的时间，否则，债权让与对债务人不发生效力。[196] 二是债权让与前所为的通知。有学者认为其原则上无效，因为如承认其效力，债务人在接到通知之后将不知道该债权最终是否真的被让与及何时将被让与，这对债务人极为不利。但将来债权的让与，日本判例和通说一致认为让与前的通知有效。[197]

（三）通知的效力

1.通知与债权转让的效力

《合同法》第80条第1款规定，债权人转让权利的，应当通知债务人。未经通知，该转让对债务人不发生效力。在解释论上，对通知的效力，学者形成了针锋相对的两种意见。

（1）债权让与对抗债务人说

通说认为，债权让与因当事人达成合意即可发生效力，债权让与通知并非债权让与的生效要件，它只是对债务人产生债权让与效力的要件。[198]

我国法没有规定债务人承诺制度，即表明债务人知晓债权让与事实的表示行为。有学者指出，在日本民法上，只要债务人已经认识到债权让与这一事实的存在，即被认为是承诺，从而使债权让与发生对抗的效力。我国现行法虽未规定这一制度，但在债权让与之后或者同时作出的债务人承诺，应发生其对抗效力。其理由在于：第一，在债务人公开表示其已知债权让与事实时，就使其有义务向受让人清偿而不再是向让与人履行，这种做法简单却有效率，会降低成本。第二，受让人如果有证据证明债务人已经知晓债权让与的事实，仍向让与人履行债务，有违诚实信用原则。当然，必须由受让人举证债务人知晓。总之，依举轻明重的法理，债务人承诺应为对抗要件。[199]

（2）债权让与生效要件说

据立法机关人士的释义，在让与通知到达债务人时，“转让行为生效。未经通知，该转让行为对债务人不发生效力……债务人接到债权人权利转让的通知后，权利转让就生效。”[200] 亦有学者将让与通知到达债务人的时间作为债权真正发生移转的时间，并将让与通知作为对抗债务人以外第三人的要件，而且主张对《合同法》第80条应作目的性扩张解释：在债务人收到债权让与通知前，债权让与对债务人和第三人都不发生效力。[201] 其理由有二：一是除债权让与协议之外，“还需要一定的法律事实才能使债权发生实际的移转，而这种事实就是通知。在通知之前，不能认为债权已经移转，因此受让人并非债权人，也不能以债权人的身份进行通知。在债权人通知以前，标的债权并未实际移转，受让人并未成为标的债权的债权人。”[202] 二是债权的效力主要体现为对债务人的拘束力，不能拘束债务人的“债权”难说真正的债权。[203]

对这种见解的主要批评意见是：它混淆了两层法律关系，即债权归属和债权让与对债务人发生效力。债务人若知悉债权让与的，即不得再向让与人为给付，若向受让人清偿的，受让人基于债权保持力可以保留给付。若债务人不知债权转移，误向让与人清偿的，其债务消灭，且不承担债务不履行责任，以保护债务人的合法权益及降低成本。此外，按照生效要件说，当受让人将其受让的债权出质、设立让与担保或再转让时，可能给第三人造成损失，害及交易安全。在债权已经公示时，还会破坏善意取得制度的适用。[204]

从利益衡量角度看，让与通知的出发点系保护债务人，尤其是使

其免受债权人变更的不利影响，债权让与生效要件说的出发点或在于此。故，两种观点的争议焦点在于，保护债务人与债权让与自让与通知时生效之间有无必然关联。对此，有学者认为，以通知为生效要件并非债权让与自身的逻辑要求，通知可以和保护债务人利益的一系列措施相关，但并不必然要求上升到债权让与生效要件的高度。德国民法不以通知为生效要件，但它对债务人的保护比我国要周密得多，故，根本无须通知生效主义克服我国法并不存在的弊端。[205] 或认为，通知生效反而不利于保护债务人：若在让与通知到达债务人后，债权才移转于受让人的，则在通知债务人之前，即使债务人已经知悉债权让与的事实，也仍必须向出让人清偿，且清偿并不能消灭债务。另外，债务人对债权让与的承诺可以作为让与通知的替代形式，强行将让与通知作为债权让与的生效要件，就会否认债务人承诺的效力。[206]

2.通知与诉讼时效中断

债权让与的成立是否构成诉讼时效的中断，各国立法鲜见明文，《合同法》也如此。学界见解也存有差异。

肯定说认为，债权让与通知构成诉讼时效中断的原因。其主要理由为，债权让与通知的目的虽在于指示债务人向受让人履行债务，但它当然含有向债务人主张债权的意思。[207]

反对意见则指出，让与通知是一种观念通知，无论通知主体的内心真意如何，都改变不了法律预定的效力，即债权让与对债务人具有拘束力，债务人向受让人履行才发生债的清偿，债务人的债务也才归于消灭。显然，债权让与通知本身不包括债权人请求债务人履行义务、提起诉讼和债务人同意履行义务的内容，所以不构成诉讼时效中断的事由。[208] 也有学者首先区分清偿期前的通知和清偿期后的通知。期前通知无论是否包含有催告，都不会导致时效中断，因通知时诉讼时效尚未开始。其次，期后通知又包括单纯的债权让与通知和包含催告意思的通知。前者不导致诉讼时效中断；后者虽为时效中断的原因，但催告后债务人不为给付，债权人6个月内未起诉或提请仲裁的，应视为诉讼时效不中断。可见，对诉讼时效发生影响的，并非让与通知，而是催告。期后通知是否含有催告的意思有疑义时，应当推定为单纯的让与通知。[209]

在实务中，《最高人民法院关于审理民事案件适用诉讼时效制度若干问题的规定》（法释［2008］11号）第19条第1款明确规定：“债权转让的，应当认定诉讼时效从债权转让通知到达债务人之日起中断。”

四　债权双重让与

《合同法》没有规定债权的双重让与。如何判定多个债权受让人之间债权归属，是债权让与中的热点问题。学界提供的思路如下：

（一）合同成立主义

即“先来后到”规则。通说认为，债权二重让与时的债权归属应依让与时间的先后为准，时间在先，权利优先。[210]　因为债权让与是处分行为，故以处分人具有处分权为要件。让与人在让与其债权后就并非债权的债权人，不再具有处分权，再将债权让与第三人的，后一让与构成无权处分。[211]　或将其原因归结为：“法律既未要求以通知等方式为公示，则自首次让与时起，债权归受让人，重复让与构成无权处分，后受让人无从取得债权。”[212]

但持这种观点的学者亦认为，若债权让与通知了债务人的，则以先到达债务人的通知优先。如果第二次让与的通知先到达债务人，为保护债务人，第二受让人可以受领清偿，此为债权表见让与之理。此外，因为我国法并没有采纳通知对抗主义，如果两个通知同时到达债务人，应当按照受让的时间顺序解决；债务人如无法判断谁是真正的债权人，则可通过提存的方法使自己免责。如果两次的债权让与均未通知债务人，则债务人仍可向原债权人履行或采取其他方式（如提存）免责。[213]

（二）让与通知主义

即“通知在先，权利在先”规则。它认为时间优先规则自身存在矛盾：一方面强调第一受让人无须为通知就已优先于第二受让人取得债权；一方面又以债务人未受通知为由否定第一受让人取得债权的效力。事实上是由通知的时间先后决定何人取得债权，使优先次序规则无法彻底贯彻。故，让与通知到达债务人的时间才是债权真正移转的时间。在双重让与时，判定双重让与受让人的优先顺位标准也只能是“通知在先，权利在先”。两个通知同时到达债务人的，受让人处于平等地位；均未通知债务人，债务人当然应向原债权人履行债务，因此时债权并未发生移转，受让人并非债权人。[214]

对这种观点的反驳理由是：它错误地认为第二受让人“确定”地取得了债权。其实，《合同法》第80条第1款的立法目的在于保护债务人，承认债务人向通知在先或者履行了通知义务的第二受让人的履行行为可以构成有效清偿。但这并不等于承认第二受让人是真正的债权人。[215]

五　其他问题

（一）债权让与中的抗辩与抵销

1.抗辩

债权让与是债的主体变更，债的同一性不因债权让与而丧失，债权的原有瑕疵自然应随同移转于受让人。故《合同法》第82条规定，债务人接到债权转让通知后，债务人对让与人的抗辩，可以向受让人主张。在实践中，正是因为这种抗辩权的存在，使受让人未必愿意接受债权让与，即或接受的，债权价值可能也大打折扣。因此，为促进债权让与，学界也充分讨论了这一问题，主要集中在债务人放弃抗辩的承诺或约定的效力。

肯定说认为，日本民法的“保留异议的承诺”制度可资借鉴。即在债权让与时，债务人承诺不保留任何债权不成立、成立时有瑕疵、债权消灭及其他可对抗让与人的抗辩的单纯承诺。其效力只及于债务人和受让人，对第三人的权利没有任何影响。我国法可以这样设计：在债务人主张对让与人的抗辩，致使受让人不能实现受让债权的目的时，如果受让人对此类抗辩不知且无过失，则有权请求让与人消除此类抗辩或直接承担违约责任。债务人与受让人可预先或嗣后约定，债务人抛弃其对受让人的抗辩。[216]

折中说主张，应对放弃抗辩权的约款进行效力限制。如主张区分债务人的身份，异其效力：债务人为商主体的，应完全承认放弃抗辩权意思表示的效力；为普通消费者时，基于对弱势群体的特殊保护，原则上不具有法律效力。[217] 或认为，对债务人放弃抗辩权的意思表示作严格解释，在存有疑义时应作不利于受让人的解释，即推定该意思表示不成立，因为债务人一般不会作出对其不利的行为。但为保护受让人的合理信赖，债务人不能主张让与时已经产生的抗辩权来对抗受让人。[218]

2.抵销

《合同法》第83条规定了债权让与时债务人的抵销权：“债务人接到债权转让通知时，债务人对让与人享有债权，并且债务人的债权先于转让的债权到期或者同时到期的，债务人可以向受让人主张抵销。”对本条规定，学界讨论的重点是：抵销是否以主动债权在债务人接到让与通知之时或者之前已存在为条件。

肯定说认为，债务人行使抵销权不仅需要这一条件，还要求主动债权的清偿期不晚于被动债权，且应在让与通知到达时已届清偿期，

才能清偿。[219]

否定说则认为，主动债权在让与通知到达时已届清偿期，并非债务人行使抵销权的要件。让与通知到达时，不管债务人的主动债权是否已届清偿期，只要其清偿期不迟于被动债权，都可以向受让人主张抵销。其目的在于保护债务人。[220] 或认为，债务人此时通常会期待着待自己的债务清偿期到来时抵销，或对主张抵销具有利益，债务人的这种期待及利益如果因为与债务人无关的事由被剥夺，有悖公平理念。[221]

此外，在债权部分让与或让与人对债务人享有其他债权时，债务人是否可以行使抵销权，其利益关系重大。有学者认为，受让人不能主张债务人应先对让与人保留的部分债权或让与人的其他债权进行抵销。如果债务人不仅对让与人也对受让人享有债权时，受让人与债务人之间的抵销并不影响债务人对让与人的债权，债务人仍可以其对让与人的债权向受让人主张抵销。[222]

（二）债权让与的公示

1.公示的可能性

债权因为缺欠有效的公示方式，加之债务人抗辩权的存在，往往导致其流通不畅。为矫其弊，使债权让与不受债权的成立、存续及内容瑕疵的影响，甚至不受连续让与中的瑕疵行为的影响，学者也从不同角度提供了债权让与公示的思路。

其一是主要基于比较法的思路。日本1998年的《与债权让渡的对抗要件相关的民法特例法》为学者提供了比较法上的支持。如认为采用电子登记的公示方式，并确立电子登记债权让与的无因性、抗辩切断制度，可破解债权双重让与的难题。但电子登记债务人为消费者的，不适用电子登记债权抗辩限制制度，其目的是保护消费者的合法权益。[223] 此外，有学者在讨论未来债权让与时指出，比较法上存在两种未来债权让与公示方式——登记与公告。我国应选择登记为公示方式，因为登记比公告更能明确竞合求偿人的顺位关系。以登记为公示方式的国家，一般都有配套的电子登记系统，方便市场交易人便捷地查询登记，从而正确评估和规避交易风险。[224] 此外，因未来债权让与涉及让与人、受让人、让与人的债权人和后续受让人等相互冲突的多个利益主体，为平衡这些利益，有学者建议借鉴美国《统一商法典》，引入债权让与登记公示方法，以避免欺诈。[225]

其二是主要基于我国现行法的思路。《物权法》规定应收账款质权以信贷征信机构登记为设定要件。也有学者受这一启发，认为债权完全让与及担保性让与应采统一登记制度。它可以解决《合同法》没

有规定的债权让与中受让人对抗第三人的问题。与受让人形成对抗关系的第三人包括：①重复受让人；②让与人的司法担保债权人，包括让与人的执行债权人和让与人的破产管理人；③让与人的法定担保债权人。此外，从立法技术上说，债权让与采登记制表明，公示原则为适用于一切财产权转让的基本原则，其性质为财产法总则中的原则。[226]

2.公示与善意取得

债权让与不以占有或登记为要件，故不适用善意取得制度。有学者将其理由归结为：债权不受公示性原则的支配，债权让与没有移转公示方法，受让人不可能产生因信赖此权利表征而受让债权。因此，债权出让人就特定债权与第一受让人订立让与合同后，出让人再与第三人订立让与合同，不论第三人是善意还是恶意，都无法取得该债权。[227]

但也有学者认为，如果债务人有意制造了债权存在的假象，“债权人”以此为据转让了债权，受让人又具有高度信赖合理性时，可以善意取得债权。债权善意取得至少需要如下要件：①存在无权处分行为，且不存在除处分权之外的其他效力瑕疵；②受让人完成了债权让与的各种行为，并具有所让与债权的相关表征；③受让人支付了对价；④债务人具有可归责性，只有当债务人对于债权表象的形成具有非常明显的过错时，才承担不利后果；⑤受让人的合理信赖。[228]

六　评论

债权发生在两人之间，各债权人与债务人的特性均不同，故，近代以前的法制强调债权的人身性，理所当然。但工业化、商业化与大规模的、统一的市场经济的建立，使社会关系的抽象化，也使合同当事人不再关注对方的个性，而仅关注从对方那里获得经济利益。债权的人身色彩逐渐蜕化为经济关系，基本被资本化。债权转让使财富流动频仍，有助于市场经济高度发展。但债权毕竟不具有公开性，债权让与的顺利进行，其核心必然是受让人交易安全的保护。兹略陈管见。

1.统一债权市场的建立

债权的相对性及其请求权属性都使债权天然缺乏公示手段，受让人若要安心接受债权让与，必然要通过强化债权的公示性来确保交易安全。学界就债权公示欠缺对债权让与的制约的议论也表明了这一点。若债权让与具有公示手段，或存在一个统一的债权市场，则其交

易应更为频繁与顺畅。若未来债权交易能在产权交易所进行，或建立统一的债权交易市场，由交易所挂牌出让，可能更能解决债权公示问题。

2.债权让与中的形成权转让

债权关系中的形成权是否与债权一同移转，有学者建议区分情况：与债权结合，且功能在于实现债权的形成权，如选择权与催告权，应与债权一同移转；与债的关系相结合、与当事人的地位有关系的形成权，如解除权、撤销权等，除概括承受外，不与债权一同转移。[229] 但没有明确当事人是否可以合意移转形成权。对此，有学者以德国法理论为基础，将前者称为合同关联性形成权，即与合同整体紧密结合的非独立形成权，其行使会改变债的关系。传统上，债权让与不许可合同关联性形成权转让，其原因在于形成权的独立性和保护债务人的需要。但是，作为债的关系中最重要的组成部分——债权都可以移转，形成权当然可依当事人的合意移转。[230] 然而，值得考虑的问题是，若撤销权依合意随债权一起转让，因为受让人并非合同当事人，其何以可以主张基于合同成立时相对人的欺诈、胁迫等事由产生的撤销权？解除权亦如此。

3.债权让与制度中的利益平衡：让与自由与债务人保护

保护债务人也是债权让与的一项基本原则。在债权让与时，法律对债务人利益的保护体现在如下方面：

（1）债权让与必须在让与通知到达债务人时才对其发生效力，这是对债务人最有力的保护。其目的在于保护债务人不会陷入双重清偿的风险，否则债务人可能在对债权人进行清偿后，还需要对受让人再次清偿。依据这一规则，在让与通知达到债务人后，即使债权没有实际让与或让与无效、被撤销，只要债务人不知情的，其对新债权人的履行也发生清偿的效力。

（2）债权让与不影响债务人的抗辩权，债务人可以对新债权人主张基于合同产生的所有抗辩权。

（3）债权人部分让与不能违反诚实信用原则。原债权人在债权部分让与时，不能违反诚实信用原则，恶意将债权让与给多个主体，损害债务人的利益，因为这种让与不仅会损害债务人的利益，还会损害担保人的利益。

（4）债权人的变更并不改变债的同一性，即不能给债务人造成超过原债务以外的负担。这里的“同一性”应严格解释，如履行地点与方式的变化，都应认为改变了同一性。为平衡各方利益，债务人因此

增加的履行费用，债务人有权向让与人或受让人请求赔偿。

4.双重让与规则

双重让与涉及两个问题：一是债权归属，二是债务清偿。通常两者是一致的，即债务人向债权人清偿。但在双重让与中，两者却可能不一致。

就债权的取得而言，双重让与必然采取时间优先规则。即债权让与自债权让与合同生效时即发生移转，在让与人将债权第一次让与给受让人时，受让人即获得债权。在第二次债权让与时，让与人的处分为无权处分，属效力待定的合同，若无先受让人的同意则归于无效；即使后让与的债权先为通知，后受让人也不能取得债权。

但在债务清偿方面，为平衡第一受让人、第二受让人与债务人的利益，还必须考虑通知优先规则（在债权让与登记条件具备时当然过渡到登记优先规则）。具体而言：债权让与须在让与通知到达后，才对债务人发生法律效力，所以，债权二重让与的关键问题是债务人应向谁履行以及履行是否产生债的消灭的后果。这又分为如下情况：

（1）两次债权让与都没有通知债务人。此时第一个债权让与合同有效，第二个债权让与合同效力待定。两次让与对债务人均不发生效力，债务人可向原债权人履行合同义务；若向原债权人履行的，第一受让人可依不当得利请求原债权人返还受领的给付，第二受让人的合同归于无效。

（2）第一次债权让与通知了债务人，第二次让与没有通知债务人。债务人应向第一受让人履行合同义务，第二个债权让与合同无效。

（3）第一次债权让与没有通知债务人，第二次通知了债务人。此时对债务人发生效力的是第二次债权让与，所以债务人应向第二受让人履行合同义务。第一受让人既可依不当得利要求第二受让人返还其所受领的给付，也可以请求让与人承担违约责任。

（4）两次让与都通知了债务人，但第二次让与的通知先行到达债务人。如债务人已向第二受让人履行了债务后才收到第一次让与通知的，则债务人的履行有效，产生债务消灭效力；第二受让人对第一受让人返还不当得利。如果债务在第一次债权让与的通知到达前未履行的，债务人应向何人履行？应根据具体情况来处理：

如果债务人可以辨识通知发出的时间的，依据《合同法》的规定，债权人撤销让与通知，应取得受让人的同意，第二次让与的通知发出并不能发生撤销第一次让与通知的效力（受让人的同意应让债务

人知悉），故债务人应向第一受让人履行。

如果债务人不能辨识通知发出时间的，则应向第二受让人履行，因为对债务人发生效力的是第二次债权让与的通知，即先行到达债务人的通知。

当然，在资讯如此发达的年代，上述情形不太可能出现。

---

[1] 参见王利明《合同法研究（修订版）》（第2卷），中国人民大学出版社2011年版，第110页。

[2] 参见曹守晔《代位权的解释与适用》，《法律适用》2000年第3期。

[3] 参见申卫星《合同保全制度三论》，《中国法学》2000年第2期。

[4] 参见韩世远《合同法总论》（第3版），法律出版社2011年版，第335页；崔建远：《合同法》，北京大学出版社2012年版，第148页。

[5] 参见韩世远《合同法总论》（第3版），法律出版社2011年版，第334页以下；王薇：《试论代位权的性质及实践操作》，《当代法学》2003年第2期。

[6] 参见韩世远《合同法总论》（第3版），法律出版社2011年版，第329页。

[7] 参见胡康生主编《中华人民共和国合同法释义》，法律出版社1999年版，第122页；王利明：《论代位权的行使要件》，《法学论坛》2000年第1期。

[8] 参见崔建远主编《合同法》（第5版），法律出版社2010年版，第153页；王利明：《合同法研究（修订版）》（第2卷），中国人民大学出版社2011年版，第123页；李永军：《合同法》（第3版），法律出版社2010年版，第445页。

[9] 参见王闯《最高人民法院〈关于适用《中华人民共和国合同法》若干问题的解释（一）〉的解释与适用》，载李国光主编《经济审判指导与参考》（第2卷），法律出版社2000年版，第46页以下。

[10] 参见韩世远《合同法总论》（第3版），法律出版社2011年版，第331页。

[11] 参见王利明《合同法研究（修订版）》（第2卷），中国人民大学出版社2011年版，第119页以下。

[12] 参见申卫星《合同保全制度三论》，《中国法学》2000年第2期；崔建远：《债权人代位权的新解说》，《法学》2011年第7期。

[13] 参见崔建远《合同法》，北京大学出版社2012年版，第151页。

[14] 参见丘志乔《代位权与代位执行：并存还是归一——对我国债权人代位权制度的思考》，《广东社会科学》2006年第4期。

[15] 参见贾玉平《论债权人代位权》，《法学评论》2001年第4期。

[16] 参见韩世远《合同法总论》（第3版），法律出版社2011年版，第330页。

[17] 参见崔建远《债权人代位权的新解说》，《法学》2011年第7期。

[18] 参见朱广新《合同法总论》（第2版），中国人民大学出版社2012年版，第369页。

[19] 王利明：《合同法研究（修订版）》（第2卷），中国人民大学出版社2011年版，第117页。

[20] 该术语源于崔建远、韩世远《合同法中的债权人代位权制度》，《中国法学》1999年第3期。

[21] 参见崔建远主编《合同法》（第5版），法律出版社2010年版，第157页。

[22] 参见王利明主编《合同法要义与案例析解》，中国人民大学出版社2001年版，第272页。

[23] 张玉敏、周清林：《“入库规则”：传统的悖离与超越》，《现代法学》2002年第5期。

[24] 王利明：《合同法研究（修订版）》（第2卷），中国人民大学出版社2011年版，第132页。作者观点有所改变，参见《合同法研究》（第2卷），中国人民大学出版社2002年版，第150页。

[25] 参见张玉敏、周清林《“入库规则”：传统的悖离与超越》，《现代法学》2002年第5期；巴金：《传统代位权理论的突破与创新——从“入库规则”到“优先受偿”》，《研究生法学》2005年第1期。

[26] 参见黄和新《代位权人优先受偿权制度的合理性分析》，《南京师大学报》（社会科学版）2002年第6期。

[27] 参见曹守晔《代位权的解释与适用》，《法律适用》2000年第3期。

[28] 张玉敏、周清林：《“入库规则”：传统的悖离与超越》，《现代法学》2002年第5期。

[29] 参见黄和新《代位权人优先受偿权制度的合理性分析》，《南京师大学报》（社会科学版）2002年第6期。

[30] 参见曹守晔《代位权的解释与适用》，《法律适用》2000年第3期；贾玉平：《论债权人代位权》，《法学评论》2001年第4期。

[31] 参见贾玉平《论债权人代位权》，《法学评论》2001年第4期。

[32] 崔建远：《债权人代位权的新解说》，《法学》2011年第7期；朱广新：《合同法总论》（第2版），中国人民大学出版社2012年版，第374页。

[33] 娄正涛：《债权人代位权制度之检讨》，《比较法研究》2003年第1期。

[34] 参见张弛《代位权法律制度比较研究》，《法学》2002年第10期；崔建远：《债权人代位权的新解说》，《法学》2011年第7期。

[35] 韩世远：《合同法总论》（第3版），法律出版社2011年版，第341页。

[36] 参见崔建远《合同法》，北京大学出版社2012年版，第156页。

[37] 李永军：《合同法》（第3版），中国人民大学出版社2008年版，第447页。

[38] 参见崔建远《债权人代位权的新解说》，《法学》2011年第7期。

[39] 参见徐澜波《合同债权人代位权行使的效力归属及相关规则辨析——兼论我国合同代位债权司法解释的完善》，《法学》2011年第7期。

[40] 参见唐烈英《论代位权法律关系的债务清偿——兼评合同法问题解释20条》，《西南民族大学学报》（人文社会科学版），2005年第5期。

[41] 徐澜波：《合同债权人代位权行使的效力归属及相关规则辨析——兼论我国合同代位债权司法解释的完善》，《法学》2011年第7期。

[42] 参见朱广新《合同法总论》（第2版），中国人民大学出版社2012年版，第374页。

[43] 参见戴世英《债权人代位权制度之目的、发展、存废与立法评议》，载梁慧星主编《民商法论丛》第17卷，金桥文化出版公司2000年版，第107页。理由一、二、三均为该文概括。

[44] 参见娄正涛《债权人代位权制度之检讨》，《比较法研究》2003年第1期。

[45] 参见崔建远、韩世远《合同法中的债权人代位权制度》，《中国法学》1999年第3期。

[46] 参见贾玉平《论债权人代位权》，《法学评论》2001年第4期。

[47] 参见李永军《合同法》（第3版），法律出版社2010年版，第444页。

[48] 参见戴世英《债权人代位权制度之目的、发展、存废与立法评议》，载梁慧星主编《民商法论丛》第17卷，金桥文化出版公司2000年版，第107页。

[49] 参见丘志乔《代位权与代位执行：并存还是归一——对我国债权人代位权制度的思考》，《广东社会科学》2006年第4期。

[50] 参见韩世远《债权人撤销权研究》，《比较法研究》2004年第3期。

[51] 参见王利明《合同法研究（修订版）》（第2卷），中国人民大学出版社2011年版，第152页。

[52] 参见韩世远《债权人撤销权研究》，《比较法研究》2004年第3期；王轶：《论一物数卖》，《清华大学学报》（哲学社会科学版）2002年第4期。

[53] 参见马新彦《一物二卖的救济与防范》，《法学研究》2005年第2期。

[54] 参见韩世远《债权人撤销权研究》，《比较法研究》2004年第3期。

[55] 参见崔建远主编《合同法》（第5版），法律出版社2010年版，第161页。

[56] 参见王丽萍《论撤销权》，《法学杂志》2000年第3期。

[57] 参见申卫星《论债权人撤销权的构成——兼评我国〈合同法〉第74条》，《法制与社会发展》2000年第2期。

[58] 参见崔建远《合同法》，北京大学出版社2012年版，第167页。

[59] 参见朱广新《合同法总则》（第2版），中国人民大学出版社2012年版，第379页。

[60] 参见李向前《论债权人的撤销权》，《当代法学》2002年第5期。

[61] 此处综合了王利明《合同法研究（修订版）》（第2卷），中国人民大学出版社2011年版，第150页以下；崔建远主编：《合同法》（第5版），法律出版社2010年版，第161页；申卫星：《论债权人撤销权的构成》，《法制与社会发展》2000年第2期。

[62] 参见王利明《合同法研究（修订版）》（第2卷），中国人民大学出版社2011年版，第157页。

[63] 参见申卫星《论债权人撤销权的构成——兼评我国〈合同法〉第74条》，《法制与社会发展》2000年第2期。

[64] 参见王利明《合同法研究（修订版）》（第2卷），中国人民大学出版社2011年版，第152页。

[65] 参见王丽萍《论撤销权》，《法学杂志》2000年第3期。

[66] 参见申卫星《论债权人撤销权的构成——兼评我国〈合同法〉第74条》，《法制与社会发展》2000年第2期。

[67] 参见崔建远主编《合同法》（第5版），法律出版社2010年版，第162页；王利明：《合同法研究（修订版）》（第2卷），中国人民大学出版社2011年版，第159页。

[68] 参见韩世远《债权人撤销权研究》，《比较法研究》2004年第3期。

[69] 参见王丽萍《论撤销权》，《法学杂志》2000年第3期。

[70] 朱广新：《合同法总论》（第2版），中国人民大学出版社2012年版，第383页。

[71] 参见邹海林《论我国合同法规定之债权人撤销权》，《北京市政法管理干部学院学报》2000年第1期。

[72] 参见王利明《合同法研究（修订版）》（第2卷），中国人民大学出版社2011年版，第161页；韩世远：《合同法总论》（第3版），法律出版社2011年版，第359页。

[73] 参见韩世远《合同法总论》（第3版），法律出版社2011年版，第359页。

[74] 参见王丽萍《论撤销权》，《法学杂志》2000年第3期；王利明：《合同法研究（修订版）》（第2卷），中国人民大学出版社2011年版，第161页。

[75] 参见王丽萍《论撤销权》，《法学杂志》2000年第3期；韩世远：《债权人撤销权研究》，《比较法研究》2004年第3期。

[76] 参见朱广新《合同法总论》（第2版），中国人民大学出版社2012年版，第383页。

[77] 参见王丽萍《论撤销权》，《法学杂志》2000年第3期；王利明：《合同法研究（修订版）》（第2卷），中国人民大学出版社2011年版，第162页。

[78] 参见崔建远《合同法》（第5版），法律出版社2010年版，第165页；朱广新：《合同法总论》（第2版），中国人民大学出版社2012年版，第384页。

[79] 参见王家福主编《民法债权》，法律出版社1991年版，第186页。

[80] 参见王丽萍《论撤销权》，《法学杂志》2000年第3期。

[81] 参见邹海林《论我国合同法规定之债权人撤销权》，《北京市政法管理干部学院学报》2000年第1期。

[82] 参见邹海林《论我国合同法规定之债权人撤销权》，《北京市政法管理干部学院学报》2000年第1期；李永军：《合同法》（第3版），法律出版社2010年版，第452页。

[83] 参见李向前《论债权人的撤销权》，《当代法学》2002年第5期。

[84] 参见张长青《论债权人的撤销权行使范围与撤销权的优先受偿性》，《法律适用》2003年第10期；李芳：《债权人撤销权行使的效力问题探讨》，《中州学刊》2005年第3期。理由（2）亦归纳自此二文。

[85] 参见李芳《债权人撤销权行使的效力问题探讨》， 《中州学刊》2005年第3期。

[86] 参见黄姣梅《论债权人行使保全撤销权后的优先受偿权》，《湖北经济学院学报》2007年第3期。

[87] 参见如邹海林《论我国合同法规定之债权人撤销权》，《北京市政法管理干部学院学报》2000年第1期；李永军：《合同法》（第3版），法律出版社2010年版，第452页。

[88] 参见韩世远《债权人撤销权研究》，《比较法研究》2004年第3期。

[89] 参见王利明《关于无效合同确认的若干问题》，《法制与社会发展》2002年第5期。

[90] 参见梅瑞琦《论债权人撤销权与无效合同的选择适用》，《黑龙江社会科学》2007年第5期。

[91] 参见杨立新、王伟国《论统一撤销权概念》，《兰州大学学报》（社会科学版）2007年第1期。

[92] 参见李锡鹤《论民法撤销权》，《华东政法大学学报》2009年第2期。

[93] 全国人大法律委员会：《关于合同法草案审议结果的报告》1999年3月3日。

[94] 参见姚辉《情势变更重述——以5·12震灾为视角》，《中州学刊》2008年第5期。

[95] 如杨振山《论我国民法确立情势变更原则的必要性》，《中国法学》1990年第5期；马俊驹：《我国债法中情势变更原则的确立》，《法学评论》1994年第6期。

[96] 参见张泽辉《不可抗力规则不能替代情势变更规则》，《西南民族学院学报》（哲学社会科学版）2000年第12期。

[97] 如向新柱《合同法应规定情势变更制度》，《湖北社会科学》2001年第9期；刘远熙：《论我国合同法应确立情势变更》，《甘肃社会科学》2004年第2期。

[98] 如孙鹏《合同法热点问题研究》，群众出版社2001年版，第322页。

[99] 参见关涛《情势变更原则辨》，《法律科学》2000年第4期。

[100] 参见胡启忠《情势变更案件处理的路径与策略》，《现代法学》2003年第5期。

[101] 参见曹守晔《最高人民法院〈关于适用中华人民共和国合同法若干问题的解释（二）〉之情势变更问题的理解与适用》，《法律适用》2009年第8期。

[102] 德国法上法律行为基础丧失理论的发展，参见韩世远《合同法总论》（第3版），法律出版社2011年版，第381页；黄喆：《德国交易基础理论的变迁与启示》，《法学论坛》2010年第6期。

[103] 参见黄喆《情势变更原则在建设工程合同中的适用——德国建筑私法实践及其对我国的启示》，《法律科学》2013年第5期。

[104] 参见韩强《情势变更原则的类型化研究》，《法学研究》2010年第4期。

[105] 参见［德］卡斯腾·海尔斯特尔、许德风《情势变更原则研究》，《中外法学》2004年第4期。

[106] 参见杨代雄《法律行为基础瑕疵制度——德国法的经验及其对我国民法典的借鉴意义》，《当代法学》2006年第6期。

[107] 参见李永军《合同法》（第3版），法律出版社2010年版，第412、416页。

[108] 参见姚辉《情势变更原则重述——以5·12震灾为视角》，《中州学刊》2008年第5期。

[109] 亦有学者将其称为“合同目的落空”，这主要涉及对frustration of contract的译名。用“合同履行受挫”译名的学者，多将合同目的落空作为合同受挫的一种情形。

[110] 参见韩世远《合同法总论》（第3版），法律出版社2011年版，第382页注3；梁东新：《从〈国际商事合同通则〉的有关规定看情势变迁与不可抗力的差异》，《法学》2000年第4期。

[111] 刘廷华：《英美法系的合同受挫制度研究》，《南华大学学报》（社会科学版）2012年第2期。

[112] 如马育红、吕建国《情势变更原则比较研究——关于我国情势变更原则立法的思考》，《甘肃政法学院学报》2003年第3期。

[113] 参见赵莉《合同履行受挫理论介评》，《河南省政法管理干部学院学报》2006年第6期。

[114] 参见赵莉《公平原则对契约严守的修正——国际示范立法中的情势变更》，《法学评论》2007年第5期。

[115] 参见刘凯湘、张海峡《论不可抗力》，《法学研究》2000年第6期。

[116] 参见韩世远《履行障碍法的体系》，法律出版社2006年版，第51页；王利明《合同法研究（修订版）》（第2卷），中国人民大学出版社2011年版，第336页。

[117] 参见叶林《论不可抗力制度》，《北方法学》2007年第5期。

[118] 参见于定明《也谈情势变更的构成要件》，《法学杂志》2005年第2期。

[119] 参见朱广新《合同法总论》（第2版），中国人民大学出版社2012年版，第401页。

[120] 参见崔建远主编《合同法》（第5版），法律出版社2010年版，第130页；韩世远：《合同法总论》（第3版），法律出版社2011年版，第384页。

[121] 叶林：《非典疫情下的免责事由》，《人民法院报》2003年6月14日；同旨，见高洪宾：《SARS并非不可抗力——兼论情势变更原则》，《法律适用》2003年第7期。

[122] 参见韩世远《履行障碍法的体系》，法律出版社2006年版，第51页；王利明：《合同法研究（修订版）》（第2卷），中国人民大学出版社2011年版，第334页。

[123] 参见崔文星《论情势变更原则的适用》，《河北法学》2013年第4期。

[124] 参见王德山《论情势变更制度的适用要件》，《法学杂志》2008年第1期。

[125] 参见曹守晔《最高人民法院〈关于适用中华人民共和国合同法若干问题的解释（二）〉之情势变更问题的理解与适用》，《法律适用》2009年第8期。

[126] 参见朱最新《论情势变更原则在商品房预售合同纠纷中的适用》，《江汉大学学报》2000年第1期。

[127] 参见陈树森、王连国《政策调整致履约困难的房地产纠纷的司法解决——兼论情势变更制度在合同法领域的适用》，《法律适用》2007年第9期。

[128] 参见王建东、杨国锋《房贷调控政策背景下的情势变更原则及应用》，《杭州师范大学学报》（社会科学版）2010年第5期。

[129] 参见［德］卡斯腾·海尔斯特尔、许德风《情势变更原则研究》，《中外法学》2004年第4期；杜景林：《德国新债法法律行为基础障碍制度的法典化及其借鉴》，《比较法研究》2005年第3期。

[130] 参见杨明《论民法原则的规则化——以诚信原则与情势变更原则为例》，《法商研究》2008年第5期。

[131] 参见黄喆《德国交易基础理论的变迁与启示》，《法学论坛》2010年第6期。

[132] 参见姚辉《情势变更重述——以5·12震灾为视角》，《中州学刊》2008年第5期。

[133] 参见杨明《给付负担过重规则——情势变更原则具体化的一个例证》，《烟台大学学报》2007年第1期。

[134] 参见韩强《情势变更的类型化研究》，《法学研究》2010年第4期。

[135] 参见徐中华《建设工程合同纠纷情势变更原则适用酌定论》，《法学杂志》2010年第11期。

[136] 参见黄喆《情势变更原则在建设工程合同中的适用——德国建筑私法实践及其对我国的启示》，《法律科学》2013年第5期。

[137] 参见田宪刚、李相华《建设工程施工合同不适用情势变更制度》，《山东省青年管理干部学院学报》2009年第3期。

[138] 参见楼建波、刘燕《情势变更原则对金融衍生品交易法律基础的冲击——以韩国法院对KIKO合约纠纷案的裁决为例》，《法商研究》2009年第5期；刘燕楼、楼建波：《金融衍生交易的法律解释以合同为中心》，《法学研究》2012年第1期。

[139] 参见胡启忠《情势变更案件处理的路径与策略》，《现代法学》2003年第5期。

[140] 参见李俊《构建预防情势变更原则滥用的民行检察监督机制》，《河北法学》2012年第9期。

[141] 参见韩世远《情势变更原则研究：以大陆法为主的比较考察及对我国理论构成的尝试》，《中外法学》2000年第4期。

[142] 参见王利明《合同法研究（修订版）》（第2卷），中国人民大学出版社2011年版，第340页。

[143] 参见朱广新《合同法总论》（第2版），中国人民大学出版社2012年版，第399页。

[144] 参见王闯《当前人民法院审理商事合同案件适用法律若干问题》，《法律适用》2009年第9期。

[145] 参见曹守晔《最高人民法院〈关于适用《中华人民共和国合同法》若干问题的解释（二）〉之情势变更问题的理解与适用》，《法律适用》2009年第8期。

[146] 参见韩世远《情势变更原则研究》，《中外法学》2000年第4期；吴一平：《情势变更原则法律适用比较分析》，《江苏社会科学》2013年第3期。

[147] 参见戚枝淬《论情势变更原则适用的法律效果》，《河南省政法管理干部学院学报》2003年第3期。

[148] 参见赵莉《公平原则对契约严守的修正——国际示范立法中的情势变更》，《法学评论》2007年第5期。

[149] 参见杨明《论民法原则的规则化——以诚信原则与情势变更原则为例》，《法商研究》2008年第5期。

[150] 参见张淳《对情势变更原则的进一步研究》，《南京大学学报（哲学·人文科学·社会科学版）》1999年第1期；张淳：《立法与理论：关于情势变更原则中的合同变更权》，《南京林业大学学报》（人文社会科学版）2001年第4期。

[151] 参见胡启忠《情势变更案件处理的路径与策略》，《现代法学》2003年第5期。

[152] 参见韩世远《合同法总论》（第3版），法律出版社2011年版，第391页。

[153] 参见胡启忠《情势变更案件处理的路径与策略》，《现代法学》2003年第5期。

[154] 参见［德］卡斯腾·海尔斯特尔、许德风《情势变更原则研究》，《中外法学》2004年第4期。

[155] 参见谢邦宇、李静堂《民事责任》法律出版社1991年版，第140页；梁慧星：《中国民法经济法诸问题》法律出版社1991年版，第153页。

[156] 如马育红、吕建国《情势变更原则比较研究——关于我国情势变更原则立法的思考》，《甘肃政法学院学报》2003年第3期。

[157] 如孙美兰《情势变动与契约理论》，法律出版社2004年版。

[158] ［英］约翰斯图加特·密尔：《政治经济学原理》，赵荣潜、桑炳彦、朱湍、胡企林译，商务印书馆1991年版，第959页。

[159] 参见［德］卡斯腾·海尔斯特尔、许德风《情势变更原则研究》，《中外法学》2004年第4期。

[160] 参见程顺增《论情势变更制度与我国合同法体系之契合——以最高法院〈关于适用中华人民共和国合同法若干问题的解释（二）〉第26条的适用为视角》，《法律适用》2012年第6期。

[161] 参见韩强《情势变更的类型化研究》，《法学研究》2010年第4期。

[162] 参见［德］卡斯腾·海尔斯特尔、许德风《情势变更原则研究》，《中外法学》2004年第4期。

[163] 对这个单独行为的表述方式比较混乱，有“债权让与”、“债权让与合同”、“债权让与行为”等，而让与债权的原因行为有称为“债权让与合同（契约）”、“债权让与约定”。但通常分别称“债权让与”与“债权让与合同”。

[164] 参见崔建远、韩海光《债权让与的法律构成论》，《法学》2003年第7期。

[165] 参见崔建远主编《合同法》（第5版），法律出版社2010年版，第208页。

[166] 参见朱广新《合同法总论》（第2版），中国人民大学出版社2012年版，第404页。

[167] 参见韩世远《合同法总论》（第3版），法律出版社2011年版，第460页以下。

[168] 参见徐涤宇《债权让与制度中的利益衡量和逻辑贯彻——以双重让与为主要分析对象》，《中外法学》2003年第3期。

[169] 参见李永军《合同法》（第3版），法律出版社2010年版，第361页；同旨，见徐涤宇：《债权让与制度中的利益衡量和逻辑贯彻——以双重让与为主要分析对象》，《中外法学》2003年第3期。

[170] 参见韩世远《合同法总论》（第3版），法律出版社2011年版，第464页；朱广新：《合同法总论》（第2版），中国人民大学出版社2012年版，第404页。

[171] 参见崔建远、韩海光《债权让与的法律构成论》，《法学》2003年第7期。

[172] 参见王利明、房绍坤、王轶等《合同法》，中国人民大学出版社2002年版，第220页。

[173] 参见张谷《论债权让与契约与债务人保护原则》，《中外法学》2003年第1期。

[174] 参见申建平《论未来债权让与》，《求是学刊》2007年第3期。

[175] 参见崔建远《论债权让与的标的物》，《河南省政法管理干部学院学报》2003年第5期。

[176] 参见申建平《论未来债权让与》，《求是学刊》2007年第3期。

[177] 参见崔建远《债权让与续论》，《中国法学》2008年第3期。

[178] 参见王利明《合同法研究（修订版）》（第2卷），中国人民大学出版社2011年版，第210页。

[179] 参见崔建远《合同法》，北京大学出版社2012年版，第226页。

[180] 参见张谷《论债权让与契约与债务人保护原则》，《中外法学》2003年第1期。

[181] 参见韩海光、崔建远《债权让与的标的物》，《河南省政法管理干部学院学报》2003年第5期；韩世远：《合同法总论》（第3版），法律出版社2011年版，第468页；李永锋：《债权让与中的若干争议问题——债务人与债权受让人之间的利益冲突与整合》，《政治与法律》2006年第2期。

[182] 参见崔建远主编《合同法》（第5版），法律出版社2010年版，第216页。

[183] 参见韩世远《合同法总论》（第3版），法律出版社2011年版，第470页。

[184] 参见张谷《论债权让与契约与债务人保护原则》，《中外法学》2003年第1期。

[185] 参见韩海光、崔建远《论债权让与和对抗要件》，《政治与法律》2003年第6期。

[186] 参见李永锋、李昊《债权让与中的优先规则与债务人保护》，《法学研究》2007年第1期。

[187] 梁慧星主编：《中国民法典草案建议稿》，法律出版社2003年版，第153页以下。

[188] 参见王利明《合同法研究（修订版）》（第2卷），中国人民大学出版社2011年版，第218页。

[189] 参见李永军《合同法》（第3版），法律出版社2010年版，第373页。

[190] 参见白彦、林海权《债权让与制度若干问题研究》，《政法论坛》2003年第3期。

[191] 参见韩世远《合同法总论》（第3版），法律出版社2011年版，第476页。

[192] 参见王利明《合同法研究（修订版）》（第2卷），中国人民大学出版社2011年

版，第218页。

[193] 参见韩海光、崔建远《论债权让与和对抗要件》，《政治与法律》2003年第6期。

[194] 参见王利明《合同法研究（修订版）》（第2卷），中国人民大学出版社2011年版，第218页。

[195] 参见韩海光、崔建远《论债权让与和对抗要件》，《政治与法律》2003年第6期。

[196] 参见崔建远主编《合同法》（第5版），法律出版社2010年版，第222页；韩世远：《合同法总论》（第3版），法律出版社2011年版，第476页。

[197] 参见韩海光、崔建远《论债权让与和对抗要件》，《政治与法律》2003年第6期。

[198] 参见崔建远主编《合同法》（第5版），法律出版社2010年版，第221页；王利明：《合同法研究（修订版）》（第2卷），中国人民大学出版社2011年版，第215页；彭万林主编：《民法学》，中国政法大学出版社2011年版，第446页。

[199] 参见韩海光、崔建远《论债权让与和对抗要件》，《政治与法律》2003年第6期。

[200] 胡康生主编：《〈中华人民共和国合同法〉释义》，法律出版社1999年版，第134页。

[201] 参见申建平《债权双重让与优先权论》，《比较法研究》2007年第3期。

[202] 尹飞：《债权让与通知的主体及效力》，载王利明主编《判解研究》（第3辑），人民法院出版社2004年版。

[203] 参见中国人民大学民商事法律科学研究中心《中国民法典学者建议稿及其立法理由——债法总则编·合同编》，法律出版社2005年版，第124页。

[204] 参见崔建远《债权让与续论》，《中国法学》2008年第3期。

[205] 参见张谷《论债权让与契约与债务人保护原则》，《中外法学》2003年第1期。

[206] 参见李永锋《债权让与中的若干争议问题——债务人与债权受让人之间的利益冲突与整合》，《政治与法律》2006年第2期。

[207] 如魏振瀛主编《民法》，北京大学出版社与高教出版社2000年版，第359 页；江平主编：《民法学》，中国政法大学出版社2000年版，第504页；王全弟主编：《债法总论》，复旦大学出版社2001年版，第123页。

[208] 参见崔建远《债权让与续论》，《中国法学》，2008年第3期。

[209] 参见张谷《论债权让与契约与债务人保护原则》，《中外法学》2003年第1期。

[210] 参见王利明、崔建远《合同法新论·总则》（修订版），中国政法大学出版社2000年版，第433页；王利明：《合同法研究（修订版）》（第2卷），中国人民大学出版社2011年版，第222页；韩世远：《合同法总论》（第3版），法律出版社2011年

版，第483页。

[211] 参见徐涤宇《债权让与制度中的利益衡量和逻辑贯彻——以双重让与为主要分析对象》，《中外法学》2003年第3期。

[212] 李宇：《债权让与的优先顺序与公示制度》，《法学研究》2012年第6期。

[213] 参见韩世远《合同法总论》（第3版），法律出版社2011年版，第483页以下；同旨，见李永锋、李昊：《债权让与中的优先规则与债务人保护》，《法学研究》2007年第1期。

[214] 参见申建平《债权双重让与优先权论》，《比较法研究》2007年第3期。

[215] 参见韩世远《合同法总论》（第3版），法律出版社2011年版，第484页。

[216] 参见崔建远《债权让与续论》，《中国法学》2008年第3期。

[217] 参见杨明刚《合同转让论》，中国人民大学出版社2006年版，第212页；申建平：《论债权让与中债务人放弃抗辩权条款之效力》，《比较法研究》2011年第4期。

[218] 参见申建平《论债权让与中债务人放弃抗辩权条款之效力》，《比较法研究》2011年第4期。

[219] 参见韩海光、崔建远《论债权让与和对抗要件》，《政治与法律》2003年第6期。

[220] 参见申建平《论债权让与中债务人之抵销权》，《法学》2007年第3期。

[221] 参见韩世远《合同法总论》（第3版），法律出版社2011年版，第480页。

[222] 参见申建平《论债权让与中债务人之抵销权》，《法学》2007年第3期。

[223] 参见崔聪聪《债权让与融资的法律障碍及其克服》，《政法论坛》2011年第1期。

[224] 参见代瑞《资产证券化中的将来债权让与》，《上海政法学院学报》2013年第1期。

[225] 参见申建平《论债权让与中债务人放弃抗辩权条款之效力》，《比较法研究》2011年第4期。

[226] 参见李宇《债权让与的优先顺序与公示制度》，《法学研究》2012年第6期。

[227] 参见李永锋《债权让与中的若干争议问题——债务人与债权受让人之间的利益冲突与整合》，《政治与法律》2006年第2期。

[228] 参见吴国喆《债权让与中的受让人保护——以债权善意取得为中心》，《西北师大学报（社会科学版）》2012年第6期。

[229] 参见崔建远主编《合同法》（第5版），法律出版社2010年版，第219页。

[230] 参见申海恩《合同关联性形成权可转让性障碍之克服——在债权让与中考察》，《政治与法律》2010年第2期。

第八章　合同解除

第一节　合同解除的界定及其功能

一　合同解除的界定

在体例与内容上，《合同法》第六章对合同解除的界定有三个重要特征：其一，将合同解除作为“合同的权利义务终止”的事由之一，与履行、抵销、提存、免除和混同等并列。其二，合同解除包括合意解除与单方行使解除权的解除，后者又包括约定解除与法定解除两种。其三，先规定合同解除，次规定违约责任，将两者完全分开。

对合同解除的界定，学界争议集中于如下两个问题：

1.解除的效力

由于对合同解除是否导致合同关系的消灭意见不一，学界对合同解除界定的核心差异也在于此。主张合同解除导致合同消灭的学者，将合同解除界定为：“合同有效成立以后，当具备合同解除条件时，因当事人一方或双方的意思表示而使合同关系自始消灭或向将来消灭的一种行为。”[1] 否定者则将其界定为：“合同有效成立后，因一方或双方当事人的意思表示，使合同关系终了，未履行的部分不必继续履行，既已履行的部分依具体情形进行清算的制度。”[2]

2.合同解除应否包括协议解除

广义上，合同解除事由既包括合同当事人依据合同产生的解除权解除合同和依据协议解除合同，也包括依据法律产生的解除权解除合同。狭义的合同解除限于法定解除，因为协议解除完全奉行契约自由原理，不以法定或约定的解除权为前提，与以解除权为前提的解除区别明显。

《合同法》将协议解除纳入合同解除制度。有论者考察了其形成原因：其一，1981年的《经济合同法》（第27条、第28条）规定，经济合同的解除（包括违约解除）一律采取协议方式，这与中国民事诉讼法长期重视调解原则相辅相成。准此，协议解除完全可纳入合同解除制度。其二，1993年修正的《经济合同法》也没有修改协议解除规则。其三，立法者认为百姓不熟悉、不善于运用协议解除方式，法

律明定可起到提示和示范作用。合同解除包括协议解除并不会使合同法体系产生任何问题，因为一项法律制度可以再细化为若干亚制度，其前提是明确规定各亚制度之间不能相互准用。而且，“如果将协议解除排除在合同解除制度之外，规定于何处？恐怕将它放置于合同解除制度中还是最佳的方案。”[3] 可见，这种观点的出发点是维持合同解除制度的整全性。

反对意见则认为：①协议解除与行使解除权的解除在构造上大异其趣，解除权规则对协议解除没有适用余地；②将性质完全不同的协议解除和行使解除权解除合同捆绑成合同解除制度，势必使合同解除制度内部充满矛盾，如解除的对象（协议解除可适用于效力存在瑕疵的合同）、溯及力（在协议解除中没有意义）、损害赔偿的请求权（协议解除没有必要行使损害赔偿请求权）等；③合同订立规则完全可以有效规制合同协议解除。[4]

值得重视的是，有学者不再依循《合同法》的体系与理论体系，而是将合同解除与抗辩权一道称为“合同不履行自助权”。因为一方根本不履行债务时，另一方可以依法单方宣布终止合同履行，使双方当事人的法律地位恢复到缔约时的状态。《合同法》将合同解除安排在“合同权利义务的终止”一章，“仅仅注意到合同解除的皮相而严重忽视了合同解除固有的不履行的救济功能。”由此，合同解除被界定为：“一方当事人行使约定或法定的解除权，使合同效力向将来消灭的行为。”[5]

二　合同解除与合同终止

《合同法》将合同解除作为合同终止的事由之一，“终止”就成为“解除”的上位概念。“终止”不再是一种意思表示，而是对权利义务不再存在的一种统称。[6] 但是，依传统大陆法系民法理论，合同解除与合同终止不同。术语的选择也引发了学者间的争议。

在大陆法中，终止通常是合同一方通过行使形成权，使继续性合同关系向将来消灭的行为。其特征有二：其一，它系当事人一方为意思表示，使继续性合同关系向将来消灭的行为，以前的合同关系仍然有效，故它不发生恢复原状的后果。其二，终止的原因也不限于违约，而且主要适用于非违约情况，如因双方协商一致而终止等。最重要的是，合同终止一般适用于继续性合同，而合同解除一般适用于非继续性合同。[7]

对《合同法》将“终止”作为“解除”的上位概念的做法，有学者认

为，它不适当地扩大了解除制度的适用范围，使其不仅适用于非继续性合同关系，也适用于继续性合同关系；而且还在委托合同中同时使用了委托合同的解除与终止。[8] 可见，我国法上的“终止”含义不尽一致：有时等于合同消灭，就作为解除的上位概念；有时为解除的一种类型；有时则是与解除并列的概念。[9] 这种概念混乱确实暴露了我国立法的一大问题。

为与传统的“终止”制度一致，学者提供了立法论与解释论的方案。

在解释论上，有学者认为，“终止”有广义和狭义两种。前者就是《合同法》规定的各种终止形态；后者则与解除并列，是向将来发生效力的、没有溯及力的合同消灭事由。《合同法》没有严格区分终止与解除，这使解除也成为一个狭义的概念，即发生终止合同的效力。并可能产生溯及力的一类终止事由。[10] 或指出“终止”应理解为“消灭”，合同权利义务的终止即为合同权利义务的消灭。[11]

在立法论上，有学者建议，把终止作为解除的一种类型，把这种意义的终止直接称为解除，不再用“终止”，同时在合同消灭的意义上使用“终止”，与法人终止、委托终止等一致。[12] 或主张，现行法上的“合同权利义务终止”一章应分解成两章：合同解除和终止、合同消灭。[13]

三　合同解除与违约责任

《合同法》将合同解除与违约责任置于不同章节，其第107条关于违约责任的规定中提及的“采取补救措施”，当然不包括合同解除；《民法通则》也没有将合同解除作为民事责任的方式。我国学界通说也认为，合同解除并非违约责任的形式：“即使是违约解除，也没有使违约方的责任财产发生变化，不符合违约责任为一般担保的规则、要求，它遵循的规则，是独立于违约责任规则的。”此外，承认合同解除为违约责任的方式之一，会给责任竞合等制度的操作带来困难。[14]

但是，学界也不乏肯定说支持者，即认为解除合同是一种特殊的违约责任方式。如认为，两大法系及《国际货物买卖合同公约》均将违约作为法定解除权发生的原因，合同解除是违约可能导致的法律后果。《合同法》第94条也将根本违约作为法定解除权发生的原因，故“无论合同解除制度在形式上有多么独立，都应该将其放在违约责任形式的大前提下。”[15] 即使主张合同解除并非违约责任的学者，也充分认识到了两者的联系：“一讨论违约责任形式，必然涉及合同的

解除问题。”[16]

无论否定说与肯定说都承认：在违约解除情形，合同解除是违约的补救形式之一。[17] 即，在一方根本违约时，相对方可以享有选择权：一是从合同中解脱出来，不接受对方的履行，自己也免于对待给付；二是请求对方承担违约责任，达到合同实际履行时的利益状态。合同解除与违约责任同为违约救济的方式，但两者的制度功能、法律构成和法律效果都相去甚远，将合同解除视为违约责任的一种，逻辑上很难成立。然而，正因为两者是违约救济的不同方式，在不造成权利人获得双重赔偿的前提下，两者完全可以并用。

四 合同解除的制度功能

依契约严守原则，即使在一方根本违约时，债权人也不能解除合同并免除自己的对待给付义务，而只能请求对方承担违约责任。合同解除制度突破了这一原则，它赋予债权人选择继续履行合同还是从合同中解脱出来的权利。约定解除的根基是当事人的意志，法定解除的根基是受严格限定的事由，故解除制度既符合经济效率，也实现了契约正义。学界多从合同解除与契约严守角度予以论证，如指出，合同法确定普遍的合同解除规则，不过二百余年。从罗马法不承认合同解除，到法国、德国承认约定解除或失权条款，再到普遍承认法定解除，撼动的是传统合同法的契约严守原则。其合理性在于，在一方不信守诺言时，要求另一方信守诺言于事无补，且不利于减轻损害。[18]

值得注意的是，有学者认为，违约解除的首要目的是非违约方“合同义务的解放”，由此派生的功能包括非违约方“交易自由的回复”及违约方“合同利益的剥夺”。多数约定解除是对法定解除的要件和效果进行修正、缓和或补充，其功能与法定解除相似。此外，合意解除以当事人契约自由为归依，自然也可实现上述功能。①

五 评论

有关合同解除的界定、合同解除与合同终止关系的研究，很大程度上是概念之争。兹略陈愚见一二。

1.“解除”与“终止”

《合同法》使用的“终止”容易被误认为是传统民法学上与解除并列的“终止”，但两者却完全不同。要消弭争议，最简单的方法是以“合同消灭”取代“合同权利义务的终止”。因为若认为合同解除导致合同消

灭，则合同解除与清偿、混同、提存等均为合同消灭的原因，完全可以求同存异建构合同消灭制度。即便认为合同解除不消灭合同关系，而只是将当事人的合同权利义务关系转换为法定的清算关系，在清算关系因履行消灭后，合同关系终究也会消灭。这与当事人承担违约责任后，合同必然消灭是一个道理。因此，尽管比较法从未有将解除作为合同消灭根据的立法例，但将合同解除作为合同消灭的原因，并不至于产生逻辑问题。当然，合同解除的立法体例应如何编排，尚需考虑其他因素。

但《合同法》的术语未必就应推倒重来。《合同法》上的解除包括仅对将来发生效力的解除与溯及既往的解除，在逻辑上没有问题，无非未臻精细而已。因为A与非A用一个上位概念统一，与将A、B以一个概念统合，在定义方法上都是可行的。

2.解除权是否为自助权

从广义上说，违约救济体系的三大支柱是违约责任、合同解除与履行抗辩权。法定解除权是否与双务合同中的履行抗辩权一样，其性质为自助权？解除权与履行抗辩权的功能确有两个共同之处：一是权利人可以通过作出解除合同的意思表示，进而终止自己的合同履行；二是解除权无须必然通过诉讼行使。因此，与大多数违约责任相比，合同解除的自助色彩更为浓厚。

成问题的是，若将解除权作为自助权，就意味着解除权的行使应与履行抗辩权一样，有相当客观的标准。在我国法上，法定解除权虽不以违约行为可归责于债务人为要件，认定标准日趋客观，但是，履行抗辩权完全以履行时间为标准（不安履行抗辩权除外），根本违约的判断标准则难以如此客观，故，将解除权尤其是法定解除权认定为自助权，还值得斟酌。

第二节　法定解除的适用范围与条件

一　合同法定解除的适用范围

通说认为，合同解除适用于有效成立的合同。[19]　其推理是，只有生效的合同，才能在当事人之间产生具有法律拘束力的权利义务关系，也才谈得上消灭合同的效力。但是否所有的生效合同均可解除，或有效力瑕疵的合同均不能解除，学界以往着墨不多。近年来，学界对此所作的拓展研究殊值关注。

（一）已成立但未生效的合同

按照通说，已成立但未生效的合同，其当事人之间尚未产生权利义务关系，谈不上合同解除问题。但有学者认为，这类合同的一方当事人若实施了“严重的不法行为”时，对方也可以解除合同。理由是：①现行法并未明确排除这类合同的解除。②依据举重明轻的法律适用与解释原理，合同解除违反了合同严守原则，但尚未生效的合同连约束力都没有。③若不允许解除，这类合同要么较长时间处于未生效状态，要么发展到生效履行的阶段，两种结果对无辜的当事人均不利。④这类合同无法适用无效、撤销、效力待定和清偿制度消灭其效力。[20] ⑤未生效合同已经产生了“不完全债务”；债务人若已经履行了不完全债务，亦构成履行，只是不完全而已；债务人明确表示不履行不完全债务，或以自己的行为表明不履行不完全债务，构成先期违约，债权人可以援用《合同法》第94条第2项或第4项的规定，主张解除合同。⑥当事人双方也可以协商一致解除这类合同。[21]

对于上述观点，坚持通说观点的学者则多方质疑：已成立但尚未生效的合同一方当事人实行的“严重的不法行为”到底指什么？是犯罪行为、侵权行为抑或其他？这种单方解除权的基础是什么？对此，若当事人约定保留了解除权如解约定金，当然可有效解除合同；倘非如此，作为一般法定解除，其基础就在于能否构成根本性的先期违约或拒绝履行。[22]

（二）可撤销合同

可撤销合同具有效力瑕疵，按照通说，自然不在合同解除适用范围之内。但是，学界较早就意识到可撤销合同与解除制度可能出现竞合：可撤销合同在被撤销之前，具有法律效力，若此时出现解除事由，该合同当然是解除的对象。[23]

其后，有学者提出了处理解除权与撤销权竞合的详细规则：①两权归同一人，且均未超过除斥期间的，权利人可以选择行使撤销权或解除权；②撤销权与解除权分属双方且均未超过除斥期间，双方协议解除的，意味着双方均放弃了权利，故解除有效；③在第二种情形，若只有一方当事人行使形成权，无论是谁行使，均应支持；④双方同时行使的，若撤销事由是欺诈、胁迫、乘人之危的，撤销权通常应优先；若撤销事由为重大误解或显失公平，撤销权人有过失、解除权人没有过失的，解除的原因又是撤销权人违约的，则解除权优先，解除权人还可请求损害赔偿。[24] 或认为，在撤销事由为重大误解或显失公平时，若合同解除的原因是不可抗力或者约定的解除条件成就，因双方当事人均无过失或过失相当，依公平原则，双方应受平等保护。

但无论如何，因为同一合同不可能既被撤销又被解除，不能被两次“消灭”，法律不可能支持两种权利同时行使。[25]

在撤销权与解除权竞合时，依据撤销权和解除权的事由、双方的过错和利益状态，权衡何者应优先保护，不失为合理思路。成问题的是，若撤销权人不撤销合同，或撤销权的除斥期间经过后，权利人能否以对方存在缔约过失（如欺诈、胁迫）为由，主张解除合同？有学者指出，“一些日本学者强调对消费者受害的救济，主张在访问贩卖、通信贩卖等场合，允许以合同解除权的发生作为缔约上过失的法律效果。我国学说对此多不予承认。此类问题，在我国随着市场经济的发展，将会越来越多……应否承认以缔约上过失为由的合同解除权，尚待进一步探讨。”[26]

《商品房买卖合同司法解释》第9条规定：“出卖人订立商品房买卖合同时，具有下列情形之一，导致合同无效或者被撤销、解除的，买受人可以请求返还已付购房款及利息、赔偿损失，并可以请求出卖人承担不超过已付购房款一倍的赔偿责任……”它将合同被撤销与解除并列，且事由相同（如开发商隐瞒房屋已抵押的事实、一房二卖等），是否意味着承认欺诈既可以是撤销权成立的事由，也是解除权产生的事由？这恐怕并不符合司法解释的意图，其真正意图可能还是因欺诈订立合同后，欺诈方（开发商）出现根本违约时，对方可解除合同，并请求出卖人承担不超过已付购房款一倍的赔偿责任。

（三）单务合同

合同解除是否限于双务合同？《合同法》对此没有明文规定。依契约自由原则，单务合同当然可以协议解除与约定解除，值得讨论的是可否适用法定解除。对此，比较法上多持否定态度，如《法国民法典》第1184条、《德国民法典》第323条等。2000年以前，学界几乎没涉及这一问题。[27]

肯定说的理由主要为：①在不可抗力致使不能实现合同目的、约定解除、协议解除三种情形，允许解除单务合同十分必要。②现行法规定了无偿保管合同与无偿委托合同中的任意解除权（大陆法传统上的终止）。③将是否解除的权利赋予债权人，更能适应千变万化的实际情况。在债权人负有附随义务、负担场合，允许解除合同，债权人解除可免受此类义务的束缚。④债务人于履行期届至前明确表示或以其行为表明不履行主要债务，允许债权人援用《合同法》第94条第2项解除单务合同，在许多场合都具有积极意义。例如，无息借款合同的借款人明确表示届时不偿还本金，或将其财产挥霍或转移的，应允许出借人解除借款合同。[28]

否定说则认为，法定解除仅对双务合同具有意义。在比较法上，日本判例虽承认单务合同可以法定解除，但通说认为法定解除仅对于双务合同具有意义。就赠与合同而言，可能构成违约的只有赠与人，受赠人可以请求损害赔偿，无解除合同的必要；赠与的法定撤销不属于赠与合同的解除；就自然人的无息借贷合同而言，《合同法》第203条虽规定了借款合同的解除，但它是以有息借款合同为预设对象的，不适用于无息借款合同；对于无偿委托合同的解除，则有很多问题点需要明确。[29]

二　合同法定解除的条件

（一）债务人的可归责性

依据传统大陆民法学理论，合同是债的发生依据之一。与其他种类的债（如侵权之债、不当得利之债）相比，解除是合同之债消灭的最为独特的原因。违约解除以违约行为的存在为前提，而违约责任要求债务人具有可归责性，故解除也以债务人具有可归责性为要件。但《合同法》第94条对违约解除的规定，并不要求违约行为可归责于债务人。

晚近大陆法系诸国通过变法，纷纷修正或拟修正传统立场，均不再要求违约解除以可归责于债务人为前提。如有学者指出，在德国债法现代化后，世界主要国家的法制基本上都已经抛弃了过错原则。过错在合同解除方面的意义，只是体现为判定根本违约或者根本不履行的一个重要因素。[30]　此外，有学者结合日本的“合同构成”理论指出，传统民法学之所以认为解除需以可归责于债务人为前提，核心理由是认为解除与损害赔偿具有相同的性质，即认为合同解除剥夺了被解除方通过合同履行获利的机会，因此与损害赔偿一样，具有制裁功能。因损害赔偿责任立足于过错责任，故合同解除需归责事由。[31]而依据合同构成理论，解除不再具有制裁债务人的功能，只是使丧失了维持合同利益的当事人摆脱合同拘束力。既然解除制度不是追究债务人责任的制度，自然不再需要归责事由。[32]

（二）解除事由的分析框架：根本违约与具体违约形态

《合同法》第94条规定的法定解除情形包括五类：因不可抗力致使不能实现合同目的；在履行期限届满之前，当事人一方明确表示或者以自己的行为表明不履行主要债务；当事人一方迟延履行主要债务，经催告后在合理期限内仍未履行；当事人一方迟延履行债务或者有其他违约行为致使不能实现合同目的；法律规定的其他情形。

该条虽然没有明确规定根本违约，但通说认为，违约情形的法定解除是以根本违约为前提的。如有学者指出，《合同法》虽然没有明确规定“根本违约”或“重大违约”等，但却使用了“合同目的不能实现”、“不履行主要义务”等措辞，实际上相当于根本违约。但是，由于《合同法》对违约责任采无过失责任原则，故法定解除并不要求违约人有过错，而只以违约的客观后果为要件。[33] 或进一步指出，依《合同法》第94条第4项，“当事人一方迟延履行债务或者有其他违约行为致使不能实现合同目的的”，可以解除合同。这实际上将根本违约作为了兜底条款。违反各种合同义务的行为，包括部分履行、违反附随义务的行为，只要构成根本违约的，都可以产生法定解除权。[34] 根本违约的形式价值在于限制合同解除权，实质意义在于平衡违约方与非违约方之间的利益及社会利益。[35]

整体上看，《合同法》第94条规定的解除事由可区分不可抗力解除与违约解除。《合同法》最初的建议草案是大陆法系的理论框架下，依据不同违约行为，即履行不能、拒绝履行、迟延履行（区别非定期行为与定期行为）、不完全履行、部分债务不履行、附随债务不履行，分别予以规定。[36] 这种详细规定后来被认为过于烦琐，第三草案开始集中于一个条文规定，并引入了《联合国国际货物销售公约》中的根本违约的某些因素。“这一改动对于《合同法》具有致命的影响，也为后来就一般法定解除权的学说解释的不统一埋下了种子。”[37] 其实，《合同法》第94条第2项至第3项仍然坚持了对违约行为的区分，如拒绝履行、迟延履行、不完全履行等。可见，它是以根本违约为核心理念，辅之以各种具体违约行为的规定。唯一未必都构成根本违约的，是某些迟延履行主要债务的情形，但亦仅限于“经催告后在合理期限内仍未履行”的情形。

“根本违约”来自于受英美法影响更明显的《联合国国际货物销售公约》（以下简称《公约》）。其第25条对根本违约的界定是，“一方当事人违反合同的结果，使对方实际上剥夺了他根据合同规定有权期待得到的东西，除非违约方并没有预见到，且一个理性的同行在相同情况也不可能预计到会发生这种损害结果。”有学者在比较《公约》、《国际商事合同通则》、《欧洲合同法原则》后认为，根本违约只是为了突出违约后果的严重性而对违约行为的一种抽象概括，上述文本之所以规定根本违约，是因为它是合同解除制度、适当履行的充分担保制度共同适用的条件，具有一般规则的属性。[38]

我国学者一般从当事人的合同目的入手定义根本违约。如认为，一般违约是指违约行为并没有使合同目的不能实现，一方当事人仍能履行合同以实现合同目的；根本违约则系违约导致对方合同目的不能

实现。《合同法》也明确使用了“致使不能实现合同目的”的客观判断标准，而排除了带有主观因素的可预见规则的适用。[39] 因此，《合同法》与《公约》中的根本违约存在一定差别：其一，我国法的判定标准不如《公约》严格，没有使用可预见性理论来限定根本违约的构成，只强调了违约结果的严重性可以成为认定根本违约的标准。“实际上是抛弃了主观标准，减少了因主观标准的介入造成的在确定根本违约方面的随意性以及对债权人保护不利的因素。”其二，我国法上的“合同目的”与《公约》所称的“预期利益”并不完全相同。订约目的包括当事人订立合同所追求的目标和基本利益。[40] 还有学者指出，就“可预见性”而言，《公约》的违约解除（Avoidance of the contract）与违约赔偿范围同时使用了可预见性规则，但《合同法》对根本违约的规定并没有引入违约损害赔偿中的可预见性规则（第113条），其认定标准宽泛一些。故有学者指出，根本违约是否纳入可预见性，“在中国实有必要作进一步的检讨。”[41]

对《合同法》没有明确规定的违约行为类型，学界也都采用根本违约标准来判断是否产生解除权。如认为，违反从给付义务，使相对人的合同目的落空的，相对方可以解除合同。[42] 违反附随义务通常并不发生相对人的解除权，但附随义务为合同的要素，不履行会导致合同目的不能达到的，可例外地承认解除权的发生。[43] 概言之，违反主给付义务以外的义务（这里不区分从给付义务与附随义务）是否可以产生对方的解除权，首先看当事人有无约定，奉行契约自由原则；若没有约定的，则需在个案中考察当事人的利益状态和合同目的来决定。

最后需要指出，我国法上的“合同目的”是当事人的主观目的，但司法实践往往通过定型化方法判断，通常限于经济目的，因此具有强烈的客观色彩。故有学者指出，《合同法》“不能实现合同目的”与“（严重）影响订立合同所期望的经济利益”具有相同或相似的含义，应从违约行为给守约方造成的经济损失的角度，界定不能实现合同目的的含义。[44]

（三）《合同法》第94条第2项的解释论

《合同法》第94条第2项规定“在履行期限届满之前，当事人一方明确表示或者以自己的行为表明不履行主要债务”，因其明确了“在履行期限届满之前”，一般理解为它规定了预期违约的两种类型。有学者认为，在拒绝履行情形的合同解除，同时应考虑适用第94条第4项，即“当事人一方……有其他违约行为致使不能实现合同目的的规定。”[45] 或明确指出，在无正当理由拒绝履行时，受害人无须证明违约行为是否已造成了严重后果，因为这已表明违约当事人完全不愿受

合同拘束，实际上剥夺了受害人根据合同所应得到的利益，从而使其无法实现订立合同的目的。但在考虑违约方拒绝履行义务是否构成根本违约时，应考虑违约的内容。[46] 即拒绝履行主要义务均构成根本违约，受害人无须证明其所受损失；但拒绝履行的是否为主要义务，需要法院认定。

因《合同法》第94条第2项并没有规定因预期违约解除合同的期间，有学者指出，一方拒绝履行的，无须为履行催告，可径直解除合同。[47] 这种理解符合法律文义。但是，《合同法》第94条第2项与第69条有所冲突，因两者在“以自己的行为表明不履行主要债务”情形存在重合。按照第69条，在行使不安抗辩权后，必须及时通知对方，且对方没有提供合适的担保或恢复履行能力时，才能解除合同；而第94条第2项却没有这种要求。故有学者指出，对此宜采体系解释方法，将第94条第2项中“以自己的行为表明不履行主要债务”，解释为应参照第69条，要求解除权的发生以催告为前提。[48] 这似乎将预期违约的解除期间一分为二：“明确表示”不履行主要债务的，无须催告；“以行为表明”的，则需要催告。这一争议的实质还是不安抗辩权（第68条、第69条）与预期违约（第94条第2项、第108条）的关系问题。[49]

（四）《合同法》第94条第3项的目的性扩张与限缩

《合同法》第94条第3项规定：“当事人一方迟延履行主要债务，经催告后在合理期限内仍未履行”的，对方可以解除合同。它对迟延履行的解除做了三方面的限制：其一，不履行的义务必须是主要义务；其二，必须经债权人催告履行；其三，债权人必须给债务人一段合理的宽限期。有学者指出，主要义务的认定应包括“质”和“量”两个方面。“质”主要指双务合同中处于对价关系的债务，即给付义务；“量”则取决于债务是否可分，若不可分，指全体；若可分，则从数量上判断。[50]

对迟延履行的解除，学界多从合同目的入手，将迟延履行分为普通债务（非定期债务）的迟延履行与定期债务的迟延履行。在定期债务场合，履行期限时合同的内容特别重要，债务人在此期限内不履行，就无法实现合同目的，可以无须催告就解除合同。[51] 对迟延履行非定期债务的解除，有学者指出，《合同法》第94条第3项的范围过于宽泛，应适当限制其适用范围，以免产生不适当的结果：其一，普通的买卖合同、委托合同、居间合同、技术咨询合同、技术服务合同等领域，现行法的规定较为适当；其二，承揽合同、勘查合同、设计合同、建设工程施工合同等，现行规则应予修改，即经定作人或发包人催告，在宽限期届满时仍未交付工作成果的，尚需定作人或发包

人举证证明，其合同目的因此而落空，才允许行使解除权；若承揽人、勘查人、设计人或施工人恶意不依约交付工作成果的，则应径直适用《合同法》第94条第3项或《合同法》第94条第2项，允许定作人或发包人解除合同。[52]

（五）违约方解除权

我国主流观点不承认效率违约。如指出我国法不能承认违约自由：一方面，我国处于市场经济发展初期，为维护交易秩序、保障市场经济正常发展，法律必须鼓励和强化当事人恪守合同；另一方面，违约责任必须以公平正义为价值取向，而且任何违约都是低效率的，都会破坏交易制度。[53]

基于这种思想，学界通常不讨论违约方的解除，《合同法》第94条中的“当事人”也被解释为债权人，甚或明确否认违约方的解除权。[54] 但有论者认为，契约自由包括以承担责任为条件而解除合同的自由，加之解除权人行使解除权并不会直接获利，只是使自身的损失最小化和利益最大化。因此，在解释上，《合同法》第94条中的“可以解除合同”的“当事人”为“合同各方当事人”，由此确保违约方的解除权。[55] 或认为，合同存在的基础是当事人的意思表示一致和自愿，契约自由作为一种价值判断，是贯穿于合同法的第一性原则。毁约方坚持不履行合同，守约方订立合同的目的最终无法得以实现，也必然解除合同，这一权利的行使主体不应以是否违约来区分。[56] 还有论者以“法不禁止”作为论据证明违约方享有的解除权。[57]

三　评论

合同法定解除是合同法的核心制度。现代合同法上，法定解除适用范围的大小、条件的宽严，虽然很大程度上脱离了特定社会交易的普遍观念，但却不可能全然弃绝。《合同法》亦如此。比较特殊的问题有：

1.未生效合同的解除

未生效合同依据其“未生效”的原因，可以分为约定与法定“未生效”两种情形。这类合同因尚未生效，不存在违反合同义务问题，无法援用《合同法》第94条解除合同，而且解除通常也没有多少实益。

但是，在某些特殊情形，这类合同也有解除的必要。

（1）约定未生效合同。这主要体现为附条件合同。对这类合同，若当事人恶意促成条件成就，可适用《合同法》关于条件拟制的

规定，无须合同解除。然而，若合同约定以支付全部或部分合同价款、第三方履行特定行为（如提供担保）、一方股东会或董事会的批准等为合同生效条件，且合同没有约定条件成就的截至期限时，若一方没有完成或协助完成使合同生效的行为，合同是否生效将长期悬而未决，对另一方殊为不利。此时，解除合同，使当事人脱离交易束缚确有必要。

（2）法定未生效合同。法定情形主要是指需依法办理批准、登记等手续才生效的合同。对这类合同，《关于审理外商投资企业纠纷案件若干问题的规定（一）》第5条规定，外商投资企业股权转让合同成立后，若转让方和外商投资企业不履行报批义务，经受让方催告后在合理的期限内仍未履行，受让方可以请求解除合同、转让方返还其已支付的转让款、赔偿因未履行报批义务而造成的实际损失。第8条规定，外商投资企业股权转让合同约定受让方支付转让款后转让方才办理报批手续，受让方未支付股权转让款，经转让方催告后在合理的期限内仍未履行，转让方可以请求解除合同并赔偿因迟延履行而造成的实际损失。这些规定支持了未生效合同的解除，也是对《合同法》第94条的突破。因为这种解除并非以当事人不履行给付义务为基础，而是以不履行报批义务为前提，而报批义务并非合同义务，只是合同生效的要件。

2.迟延履行情形的合同解除

依《合同法》第94条第3项，迟延履行主要债务，经催告就可以解除合同，并没有第4项“不能实现合同目的”的用语。对勘两项，立法者可能假定，第94条第3项的“迟延履行主要债务＋催告依然不履行”即构成“不能实现合同目的”。

但是，在实务中确实存在大量例外情形。除前述承揽合同等合同类型外，迟延履行金钱债务且在催告后没履行的，也有很多不构成“不能实现合同目的”的例子，即使普通买卖合同也如此。如甲购买乙的房产一套用于开店，房屋交付后甲即装修，后甲迟延支付价金，乙给了1个月宽限期后，甲依然无力履行，但银行贷款确实将于2个月后发放于甲。此时若乙解除合同，对甲未免过苛。《德国民法典》第323条第1款规定，迟延履行的，债权人已宽限且没有成效（erfolglos）时，债权人才可解除合同。它对债权人的解约的限制不流于形式上的宽限期，而从有无成效来判断，更为周全，可资借鉴。

此外，依《合同法》第94条第3项，迟延履行主要债务，经催告就可以解除合同，而依第4项，一方迟延履行债务致使不能实现合同目的的，无须催告即可径直解除合同。由此产生的法律适用问题是：

迟延履行定期义务的，应适用第94条第3项还是第4项？鉴于定期义务中的债务通常为“主要债务”，第94条第4项针对的显然系“非主要债务”的迟延，故应适用第94条第3项。可见，定期债务迟延履行无须催告，系对第94条第3项的扩张解释结论。由此，迟延履行无须催告就可以解除合同的有两种情形：一是迟延履行定期债务中的主要债务；二是迟延履行非定期债务中的次要债务，致使不能实现合同目的。

3.违约方的解除权

在解释论上，应认为《合同法》并不承认违约方的解除权。原因是：其一，《合同法》从鼓励交易原则出发，对守约方的解除权作了极其严格限制，若违约方有随意解除权，显然背离了鼓励交易的宗旨；其二，《合同法》虽然对部分合同规定了任意解除权，但正如学者所指出的那样，其理由各有不同，[58] 这些特殊规定也恰好说明，合同当事人通常不享有任意解除权。其三，契约自由并不包括任意解除的自由，否则将会削弱契约的拘束力，最终使人恐惧契约自由，以契约自由为由肯定违约方的任意解除权，无疑与“契约严守”矛盾，“法不禁止”也难以构成有力的理由，因为它是以不伤害他人权利为前提的，而任意解除至少会减损相对人的权利。

在现行法上，违约方不愿意履行或继续履行合同的，构成拒绝履行或预期违约，相对方可以解除合同。若相对人不解除合同而追究违约责任的，违约方就无法从交易中解脱出来。那么，在实务中，违约方是否有行使解除权的动机或必要呢？因《合同法》明确规定，解除合同并不影响损害赔偿，违约方无法从解除合同中获利，故通常违约方没有解除的动力。但在继续性合同中，违约方则可能有解除合同的动机。如甲租赁乙的房屋用于经营，租期为10年，甲不能转租（或虽可转租，但转租非常困难）。后甲经营亏损，欲解除租赁合同，乙则要求继续履行合同。在实务中，甲只能搬离该地，并拒付租金，迫使乙积极寻求新承租人，因为乙此时有减损义务，但合同、不因此解除；无法罔顾甲的违约行为。但问题在于，乙完全可以请求甲支付租金，而不解除合同。在这种情形，比较可行的法律方案，一是确认乙的减损义务，但合同不因此解除；二是在甲提起解除之诉时，扩张解释《合同法》第110条，认定租赁合同已“事实上不能履行”，判决合同消灭。

4.合同法定解除与双务合同的牵连性

《合同法》上的违约解除权不以违约方的过错为要件，也不以原物可以返还为前提，对解除权的限制已较为宽松。但通说认为，合同解除以双方的给付义务具有条件上的牵连性为前提，具体而言，

即“在一方的给付义务消灭的情况下，对方的对待给付义务亦可归于消灭。”[59] 但晚近以来，这种牵连性逐渐被淡化，代之以“合同目的不能实现”的标准，如违反附随义务、从义务合同的解除，通说均以不履行致使合同目的不能实现为前提。值得注意的是晚近德国学界的一种观点，即解除的原因不再囿于对主给付义务的侵害，而是将其扩张到对合同主体完整性利益的侵害。这种利益不以给付义务的存在或履行发生改变，它可能发生在主给付义务产生之前，也可能是与合同主给付义务完全无关的其他义务。如某演员与制片方签订了演出合同后，得知制片方为宣传演出，在签约之前严重诽谤了演员的声誉，在演出合同订立后可以此为由解除合同。[60] 这种学说统一考虑当事人的合同利益与固有利益，较周全地保护了债权人利益，体现了“关系契约理论”的精义。因为大多数合同当事人虽然仅仅着眼于合同的经济目的，但若双方因合同以外的事由完全丧失了信任，继续维持合同效力亦强人所难。

与此有关的是单务合同的解除。这涉及两个相关问题：一是单务合同是否存在根本违约？二是合同解除有无实益？单务合同多为债权人一方出于情谊订立的无偿合同，法律的出发点自然也是偏向保护债权人，以褒奖互助行为，鼓励守望相助。故单务合同多为实践合同（无偿保管、借贷与借用），即使为诺成合同，债权人也往往有任意解除权或撤销权。单务合同不存在对待给付，故通常不可能存在根本违约，但违反从义务或附随义务时，也可能构成根本违约，而且有解除必要。如在无偿民间借贷合同中，义务人没有履行专款专用义务，对债权人影响巨大；又如借用合同中，若借用人以不合理的方式使用借用物。在这些情形，肯定解除权应无违公正，也契合《合同法》第94条的精神。

5.缔约过失与合同解除

一方缔约时有欺诈等情形的，在合同订立且履行后，只要撤销权的除斥期间没经过，撤销权人可撤销合同，并请求信赖利益赔偿；若履行有瑕疵且构成根本违约时，受害人还可解除合同并请求履行利益赔偿。但两者的损害赔偿额不完全相同。此外，在撤销权除斥期间经过后，撤销权人若可解除合同的，还可以获得救济。可见，是否许可以缔约过失为由解除合同，受害人的利益会有所差别。若许可以缔约过失为由解除合同，在实务中，有利于保障消费者利益。

以缔约过失为由解除合同，尤其是以欺诈、侵害商业秘密为由解除合同，如前所述，体现的也是对债权人合同利益与其他利益的整体思考。尽管如此，它对合同撤销和合同解除规则将带来巨大冲击，是否肯定，还需时日深思。

第三节　合同法定解除的效力

一　合同解除效力的理论构成

（一）三种学说

合同解除与实际履行、损害赔偿并列，是违约救济的三大措施之一。合同解除使合同一方在其订立合同的目的根本不能实现时，及时、便捷地从合同约束中解脱，可谓是基于利益衡量观念对合同严守原则的有限突破。如此重要的一项制度，法律对其效力理应作细致规定。但《合同法》第97条、第98条对合同解除的效力规定相当简单，学界对此一直聚讼盈庭。在《合同法》颁行前后，学界的争议主要集中于合同解除的溯及力方面。晚近以来，为了用一种统一的理论解释合同解除的法律效力，学界亦深入阐述了合同解除效力的理论构成。传统上，合同解除的效力有三种学说：直接效果说、间接效果说与折中说。[61]

1.直接效果说

合同因解除而溯及既往地消灭，尚未履行的债务免于履行，已经履行的部分发生返还请求权。在不承认物权行为独立性和无因性的立法例中，有体物的返还请求权为物的返还请求权；承认物权行为独立性和无因性的，为不当得利请求权。损害赔偿的范围，存在信赖利益说和履行利益说之争。

2.间接效果说

合同并不因解除归于消灭，解除只发生阻却合同效力的功能。已履行的债务发生新的返还义务，未履行的债务发生拒绝履行的抗辩权。合同解除之所以产生恢复原状义务，是因为双务合同中给付与对待给付的对价性与牵连性。损害赔偿的范围通常以履行利益为准。

3.折中说

合同效力仅向将来发生消灭。它与直接效果说相同的是，未履行的债务当然消灭；与间接效果说相同的是，已经履行的债务，发生新的返还请求权。恢复原状与损害赔偿性质则与间接效果说相同。[62]

因间接效果说残留了诉讼时效与永久抗辩权问题，且构造过于繁复，我国学者几乎无人赞同。争议主要为直接效果说与折中说。

此外，随着对德国债法现代化改革研究的深入，较多年轻学者赞

同德国法上的通说——清算关系说。如指出，解除权行使的效力在于将原合同关系转变为返还性债务关系。其目的是通过相互返还，清算合同当事人之间基于原合同关系所为的给付和所收取的利益。这样既可以保障解除权作为违约救济方式的功能，又有利于彰显解除权作为形成权的属性。[63]

需要指出的是，我国学界在讨论合同解除的效力时，并不必然以上述理论为基点，而是直接讨论解除的溯及力、恢复原状与损害赔偿等问题。实际上，不同的解除效力理论构成，除了上述标志性的差异外，还集中体现在合同解除的具体效力构成上。本书为详细展现这些理论交锋，特胪陈如下主题。

（二）合同解除后合同是否消灭

无论是直接效果说、折中说还是清算说，其出发点都是：合同解除是否导致合同权利义务乃至整个合同的消灭？对这一问题的讨论，学界大多从合同解除的溯及力入手，即合同解除是否使合同关系溯及既往地消灭。有溯及力，则合同自始被消灭；无溯及力，则合同关系向将来消灭，解除之前的合同关系仍然有效。在《合同法》出台之前，通说认为解除无溯及力。但《合同法》第97条将合同解除的溯及力分为两种：①非继续性合同的解除原则上有溯及力；②继续性合同的解除原则上无溯及力。[64] 这可能是考虑到“合同解除制度的价值就在于使当事人彻底摆脱已经成立并已生效的合同的约束，消除其对当事人法律生存状态，即权利义务的影响。合同解除若无溯及力，则在解除前当事人已为的履行或受领行为依然有法律依据，依然对当事人有法律约束力，当事人无法摆脱合同的影响。”[65]

对《合同法》的这种区分，有学者论证了其合理性：满足了法定解除的立法目的，即尽可能周到地保护守约方的合法权益，制裁违约方；符合被解除的合同的性质与种类。[66] 申言之，继续性合同的解除之所以不具有溯及力，是因为根据其性质，合同解除后原则上不能恢复原状，给付人只能请求对方返还相应的价金，否则只会“徒增迂回曲折”，对当事人没有任何好处；委托合同解除没有溯及力，主要是因为赋予其溯及力会使受托人已进行的代理行为因失去法律根据而无效，进而影响交易安全。此外，因不可抗力致使不能实现合同目的而解除合同，原则上没有溯及力，但造成不公正的后果时，则宜有溯及力。[67]

从逻辑上说，承认合同解除的溯及力，则必然承认合同消灭，反之则反。故，正是因为《合同法》的这一区分，学界多认为它采取了直接效果说，主张合同因解除而溯及地归于消灭，即因解除合同如同

自始不存在，尚未履行的债务免于履行，已履行的部分发生返还请求权。[68] 但亦有学者认为，《合同法》其实采取了折中说：其一，《合同法》第97条的基础是“借鉴国外经验，遵循经济活动高效的原则”，“对合同解除的效力作了比较灵活的规定”，并没有言及合同自始归于消灭。其二，依第98条，合同的权利义务终止不影响合同中结算和清理条款的效力。基于此，合同解除只是使本来的债务发生了转换或者变形，即由第一性义务变为第二性义务，或者说由债务变成了责任。这种转化是应对因债务人制造的履行障碍所必需的，保持了债的同一性。[69] 亦有论者从比较法角度出发，指出无论是德国新债法改革、法国债法改革提案，还是欧洲私法统一进程中的一系列统一立法及草案，都已经摈弃了“解除溯及消灭合同关系”的直接效果说。合同法定解除法律效果的根本不在于溯及力，而是通过明确具体的返还制度，保护合同双方的利益平衡。[70]

“直接效果说”回应的主要理由为：其一，认为折中说不符合《合同法》第97条的文义和规范意旨；其二，解除不消灭合同关系的观点不符合客观事实；其三，折中说存在若干理论缺陷，在利益衡量方面处于劣势。其核心的矛盾是，既然解除承认发生了新的返还债务，何以原有债务关系并不消灭？事实上，一旦合同解除，合同债权债务“消灭的消灭，转化的转化，已经面目全非了。”而且，既然受领人受领的给付具有法律上的原因，受领人何以要承担返还债务？[71]

合同解除若产生消灭合同的效力，难以解释合同解除时的损害赔偿请求权。若不产生消灭合同的效力，在继续性合同解除场合，若解除权人不能请求损害赔偿，则与《合同法》第97条矛盾；若认为有损害赔偿权，则又与解除无溯及力矛盾。为了解决这一矛盾，有论者从合同解除的对象入手，将合同的内容分为原始性权利义务和救济性权利义务。前者是合同约定的权利义务；后者是在前者未能实现时采取的违约救济方式。因此，协议解除的标的才是合同，法定解除的标的是合同中的原始性权利义务，不涉及救济性权利义务。而且，合同的内容与合同不同，若认为合同完全履行后，合同不复存在，那么，债权人通过合同完全履行受有的给付将失去法律上原因，从而发生不当得利的效果，现实中任何交易行为将无法为继。[72] 但这一立论依然难以解释何以合同权利义务消灭了，救济性权利义务关系没有消灭？对此，折中说就指出，它违背了债的同一性理论，基础性权利义务和救济性权利义务并非两类并存的法律关系，而是转化的、继起的关系，二者间有同一性，不可能因合同解除，基础性权利义务消灭而救济性权利义务还能保留。[73]

二　恢复原状

（一）存在的依据及性质

1.依据

合同解除时，若当事人均没履行合同，自然不发生恢复原状问题；若当事人已履行了合同，则发生恢复原状的效力。对合同法定解除何以发生恢复原状的义务，直接效果说认为，合同解除导致“合同自始归于消灭”，但基于公平正义的衡量，恢复原状作为一种不当得利义务不应因解除而消灭。[74] 折中说则认为，合同不因解除溯及消灭，恢复原状义务的基础是合同解除的本质，特别是有偿双务合同上给付与对待给付等价交换的均衡。[75] 可见，直接效果说与折中说都认为，恢复原状是基于公义的要求，即合同解除虽然可以把当事人从合同给付义务中解放出来，但却不能使当事人因解除而免除任何义务。

2.性质

对恢复原状请求权的性质，“直接效果说”认为，合同解除导致合同消灭，而我国现行法不承认物权行为独立性和无因性理论，因此给付人请求受领人返还给付物的权利是所有物返还请求权，优先于普通债权。详言之，在给付物为动产时，给付人可基于所有权请求返还；在给付物已经办理了过户登记手续的场合，因受领人对受领标的物的所有权消灭，应当负有注销所有权登记的义务，给付人享有请求所有权登记的权利。[76] 其他学者从物权变动模式出发，也得出相同结论：在意思主义和债权形式主义的物权变动模式下，该请求权为物权性质的所有物返还请求权；在物权形式主义的物权变动模式下，则视合同解除的标的而定：若解除的是物权合同，该请求权仍为物权性质的所有物请求权，若解除的是债权合同，该请求权则为债权性质的不当得利返还请求权。[77] 亦有学者区分返还的对象，认为涉及原物返还的，为物权请求权；涉及金钱债务的，为不当得利返还请求权。[78]

相反，折中说认为，合同并不因解除而消灭，解除前的受领仍然具有法律上的原因，故原状恢复义务并非不当得利返还义务，而是合同上债权关系的变形。合同解除场合的“恢复原状”既然可以理解为“返还财产”，而“返还财产”属于民事责任的方式之一（《民法通则》第134条），所以，将恢复原状请求权解释成债权的请求权，有实证法根据。[79]

可见，在直接效果说的理论框架下，恢复原状请求权被界定为物

权请求权或不当得利请求权，但折中说则将其界定为一种性质并不明确的债权请求权。恢复原状的性质为物权请求权、不当得利或其他性质的请求权，差异相当大。需要指出的是，晚近一些学者将恢复原状解释为法定债务，如指出《合同法》第97条中的“可以要求恢复原状、采取其他补救措施”，可以解释为合同解除使已经履行的部分转换为“一种法定的返还性债务关系”。[80] 或认为，《合同法》第97条的“恢复原状”属于独立的请求权基础，具有债权效力，但不属于不当得利请求权。理由是：合同解除的规范意旨不同于不当得利，解除后的返还义务不应受到有无现存利益的影响，返还的目的在于维持双方合同利益的平衡关系及解除权人利益的保护。故，给付原因并不因给付障碍而自动消灭，且不当得利规则适用于恢复原状中有诸多障碍。[81]

3.恢复原状与合同解除的溯及力

《合同法》第97条规定的出发点可以概括为，不能或不宜恢复原状的，合同解除无溯及力，否则就有溯及力。对此，有学者认为，“这是一个典型的因果倒置。”因为是否产生恢复原状的法律后果，关键取决于解除是否有溯及力，只有在确定了解除是否具有溯及力后，才产生是否恢复原状的问题。[82] 或直接指出，“这种认识陷入了一个理论误区，以溯及力为前提，虽然可以得出恢复原状的结论，但恢复原状并非只能建构在解除具有溯及力的基础之上。”《联合国国际货物销售公约》、《国际商事合同通则》和《欧洲合同法通则》都印证了这一点。[83]

除了这种逻辑错位外，另有学者指出，学界将“恢复原状”理解为返还原物，明显有误。在法律上，恢复原状包括原物返还和价值返还，劳务、使用利益等完全可以通过等价的金钱给付来实现，不存在不能恢复原状的问题，故，合同解除时在所有场合的恢复原状，均为可能且为可行。《合同法》规定的“采取其他补救措施”即为不能采取原物返还时的恢复原状。[84] 或认为“价值形态的恢复原状”，为广义的恢复原状的一种。[85]

但是，也有学者从法解释学出发，认为“恢复原状”适用于原物的占有移转或复原登记时，其性质为物的返还请求权。“其他补救措施”适用于给付劳务、物品利用、交付金钱、受领的原物毁损灭失等场合，为不当得利返还请求权。《合同法》第97条将恢复原状与“采取其他补救措施”并列，难以确认后者为前者的一种形态。[86]

（二）物权立即变动还是回归变动

依据“直接效果说”，有学者主张“物权立即变动说”，即标的物的

所有权从合同解除的意思表示到达对方时起，立即复归给付人。“在不奉行物权行为无因性原则的背景下，只要采取直接效果说，物权立即复归说在逻辑上就十分通畅。反之，在采纳物权行为无因性的立法例上，即使认为合同解除发生溯及消灭的效果，给付物所有权也难以自动复归，需要借助于不当得利返还使给付人重新取得该所有权，至少在许多场合下是如此。”其理由为：引起物权变动的法律行为在物权法上须作限缩解释，即不包括解除权行使的行为；物权变动和物权变动的保持同样须有原因，原因消失了，物权变动就往往难以保持。直接效果说因果链条是：解除通知→合同解除→溯及既往：物的返还请求权·不当得利返还请求权·损害赔偿请求权/无溯及力：不当得利返还请求权·损害赔偿请求权。[87] 可见，“立即变动说”的核心是认为合同解除后，物权视为没有发生变动，在这一点上，合同解除与合同无效、被撤销的效力相同。

折中说则坚持，我国法采取的是“回归的物权变动说”：首先，合同解除前，物权已经发生了物权变动。其次，合同解除的效力与合同无效和被撤销有别：在后者，物权在法律上没有发生变动；但在合同解除场合，物权发生了物权变动。再次，立即变动说只可能依据“基于法定原因的物权变动”，但《物权法》并没有将合同解除时的物权变动纳入物权法定变动原因之列。最后，解除权的行使并不包括使物权变动的行为，合同解除后，物权变动是基于法律行为的物权变动，同样需要经过交付或者登记手续。[88]

（三）双方的同时履行抗辩权

通说认为，在合同解除后，合同双方就返还义务成立同时履行抗辩权（参见本书的“同时履行抗辩权”部分）。直接效果说与折中说也赞同这种观点，但理由不同。

直接效果说认为，恢复原状是对原合同履行结果的“反动”，但二者具有很强的牵连关系，有时还具有同一性。而且，双方除了物的返还请求权，同时也成立基于占有的不当得利返还请求权，两者为竞合关系。权利人可以放弃物的返还请求权而主张不当得利返还请求权。该不当得利返还请求权与价款返还请求权形成牵连关系，当事人可以行使同时履行抗辩权。[89]

折中说则认为，同时履行抗辩关系以当事人之间互负的债务具有牵连性为前提，因此，若采直接效果说，在返还物的场合，恢复原状请求权为物权请求权，两者自然不发生同时履行抗辩权问题。而且，债的同一性是指原来的债之关系与变形的或转换的债之关系是同一个法律关系，而物的返还请求权基于法律规定产生，相互之间不可能具

有牵连关系或同一性。最后，在解除有溯及力时，即使认为可以成立基于占有的不当得利返还请求权，它与基于价款的不当得利返还请求权，均属法定债之关系，二者之间应不存在牵连关系。但按照折中说，双方恢复原状请求权为债权请求权，特别是在否定解除溯及力时，返还请求权与本来的债务关系具有很强的牵连性甚至同一性。故，双方的返还义务可类推适用《合同法》第66条。[90]

传统民法学仅承认当事人约定的、彼此构成对价的债务具有牵连性，可以适用同时履行抗辩，而双方的物权请求权或法定之债源于法律规定，彼此互相独立，权利人无法主张同时履行抗辩。但若从实质角度考虑，在合同解除时，双方的物权请求权或不当得利之债是基于同一事项产生的，而且原债务具有牵连性，在解除后，无论返还请求权的性质如何，若不成立同时履行抗辩权，确会产生不公平的效果。这样就面临一个选择：是扩张传统民法学的牵连性范畴，还是因此选择折中说？

（四）其他问题

1.原物不能返还与合同解除权

因解除权人的事由使受领的标的物严重毁损灭失或者其他事由不能返还，解除权是否消灭，《合同法》未设明文。有学者认为这是法律漏洞。在填补漏洞时，宜借鉴德国新法做法，不以不能返还作为解除权消灭的原因，而应当肯定解除权人仍保有其解除权，但行使解除权后须对受领的标的物作价偿还。[91]

2.恢复原状的内容

学界多将恢复原状的内容概括为：①已履行的，除返还财产外，还应补偿因返还支付的费用；②若返还的系可以产生孳息的物，则应同时返还孳息；③为维护标的物而支付的必要费用。[92] 或认为，原物返应包括：①原物返还及其风险负担；②利息、果实及使用利益，其中，利息应从受领时起计算返还；③投入费用。[93] 有学者则反驳道：风险负担属于恢复原状之债不能履行的法律后果，若由给付人承担风险，则无恢复原状义务可言；果实归属规则为物权法上的规则；返还之前占有使用受领物所获得的利益，应当包括受领人将受领物出租给第三人而收取的租金，该项利益基于租赁合同产生，与被解除的合同不是一个合同；投入的费用包括受领人保管给付物所支出的必要费用，该笔费用的返还或者属于保管合同关系的内容，或者构成无因管理；利息应为恢复原状之债的从债内容，不属于因解除形成的“合同关系”，更远离被解除合同项下的债之关系。[94]

3.解除权人优遇规则

在违约解除情形，有学者认为，在返还时应考虑充分保护守约方的利益和制裁违约行为。[95] 也有学者从德国法角度，讨论了返还义务中的“解除权（人）优遇问题”，如买卖合同中，买方已经尽到与自己事务同一注意义务的，买方的价值返还义务可被免除。[96] 或介绍意大利司法实践中的争议，如利息返还方面，部分判决从解除生效之日起计算利息；部分判决从接受给付时起计算；一部分判决认为，除非能证明接受方有主观恶意，利息都从解除之诉提出之时起算。[97]

三　损害赔偿

（一）合同解除与损害赔偿并存的理由

与德国学界曾经就合同解除与损害赔偿能否在逻辑上兼容的热议不同，我国学界并没为这一问题困扰。《合同法》第97条也明确规定两者可以并存。但是，直接效果说与折中说在这一问题上，同样形成了对峙局面。

直接效果说主张合同在解除后消灭，故在解释合同解除后何以存在损害赔偿请求权存在一定困难。持此论者指出，即使是有溯及力的解除，既存的“赔偿损失”仍然是原合同关系的直接转化形态，两种关系具有同一性。[98] “既然解除后形成的关系中，债权不是合同项下的债权，债务亦非合同项下的债务，全都换了模样，从实质上说，这已非合同关系了，应当定性和定位在法定的权利义务关系上。”[99]

折中说则认为，从逻辑上说，赔偿损失的违约责任是以合同关系的存在、合同不被解除为前提的。直接效果说主张合同解除后存在损害赔偿责任，同时又认为仍然存在不履行的损害赔偿责任，显然已非德国20世纪初期的“直接效果说”，而是一种“修正的直接效果说”了。[100]

直接效果说对折中说批评的回应理由主要是：两项债务之间有无同一性，重心在它们之间的联系，而不在必须是同一个法律事实。在违约解除场合，合同存续期间发生了违约行为，成立了债务不履行的损害赔偿。合同债务“直接转化”为不履行的损害赔偿，不履行的损害赔偿关系与原合同关系保持了“同一性”。这是由于它们二者之间内在的、实质的转换、变形或承继所决定的，并非由于合同的存在才如此。违约损害赔偿并非合同引起，而是合同债务被违反的法定结果，因此违约损害赔偿关系的法律事实，不是合同，而是违约行为。在违约方已实际承担违约责任后，守约方才解除合同时，尤为明显。[101]

直接效果说最受攻击的“软肋”，历来是合同既已解除，损害赔

偿“毛将焉附”？德国以往的立法甚至也认为，当事人只能选择解除合同或主张债务不履行之损害赔偿，原因就在于认为合同解除与损害赔偿互相排斥。但细究起来，这里有两种逻辑：一是损害赔偿之债在合同解除之前就已经成立，解除恰好是因为违约引起，它能否因违约而消灭？二是损害赔偿以违约为前提，若合同不存在，则违约救济是否因本权消灭而消灭？

值得注意的是，晚近学者大多以德国合同解除的新学说为出发点，论证两者可以并存。如认为合同解除并未使合同关系溯及既往地根本消除，只是终止尚未履行的合同债务，双方产生返还性的债务关系。故，两者可以并存。[102] 或指出，合同解除旨在排除双方当事人的原给付义务而非消灭整个合同关系，而期待利益赔偿旨在使债权人处于对方如约履行的状态，故二者之间不存在矛盾，可得并用。[103]

（二）适用范围

合同解除的损害赔偿适用于哪些情形的解除？学界的论述角度有所不同。

一是从肯定角度，指出合同解除与损害赔偿可以并存的情形：①协议解除可与损害赔偿共存。②不可抗力致使合同目的不能实现而解除的，有时可与损害赔偿共存，这主要见于两种情形：一是迟延履行期间发生不可抗力的，此时还应考虑赔偿间接损失；二是不可抗力发生时，当事人未采取补救措施的，应对扩大的损失承担责任。③因第三人的原因造成不能履行而解除的，可以与损害赔偿共存。④约定解除是否可与损害赔偿共存，取决于当事人的约定。无约定时，当事人一方违约的，解除时可请求损害赔偿，其他类型的合同解除场合，不存在损害赔偿。⑤违约解除可与损害赔偿共存。[104]

二是从否定角度，指出合同解除与损害赔偿不能并存的情形：①协议解除时，双方约定免除对方的损害赔偿责任；②因为不可抗力引起的解除；③一方虽构成违约，但对方通过解除合同足可保护自己利益的。[105]

此外，在合同解除时，若一方不能恢复原状的，应承担损害赔偿责任。有学者认为，它与合同解除后的损害赔偿的法律性质不同。如果标的物的返还不能可归责于返还义务人，应依违约责任的一般规则确定损害赔偿责任的范围。[106]

（三）赔偿范围

违约行为发生后，若当事人不解除合同的，按照《合同法》第113条，违约方应赔偿履行利益，使对方的利益达到合同已经如约履

行的状态。因合同解除本身就是一种救济手段，虽然可与损害赔偿并存，但合同解除时的损害赔偿对象的范围，与不解除合同而请求违约损害赔偿时是否应一致，理论上存有争议。焦点在于合同解除时的赔偿对象为履行利益（期待利益）还是信赖利益。

1.履行利益说

较多学者支持赔偿履行利益，如认为，合同解除后的损害赔偿范围一般包括：订立合同支出的必要费用、因相信合同能履行而支出的必要费用和可得利益损失等。[107] 其核心理由为，合同解除作为一种补救手段，只是使受害人摆脱了合同关系的束缚，从而使其可以选择新的订约伙伴，其因对方违约遭受的损失并没有得到补救。故因违约导致的合同解除，应当赔偿履行利益。但因不可抗力导致合同解除时，合同解除的效力是使“合同恢复到订立前的状态”，所以应赔偿信赖利益损失。[108] 或认为，合同解除也适用完全赔偿原则，违约方应以自己的财产对其违约行为造成的全部损失承担赔偿责任，同时受可预见性规则与减损规则的限制。[109]

需要指出的是，直接效果说与折中说按其逻辑，本应对赔偿范围的界定存在差异。如有学者指出，当事人违反合同义务后存在两种义务：一是原合同约定的义务，二是违约救济义务。前一种义务因合同的解除而被溯及地消灭，后一种义务仍然存在。如果主张合同解除的效力为合同关系完全消灭，赔偿信赖利益就是其逻辑结果；如果主张合同解除并非完全消灭合同关系，履行利益的赔偿遂成为可能。[110] 但是，在我国学界，直接效果说与折中说论者则在损害赔偿范围上达成了一致。前者认为赔偿损失的范围原则上包括直接损失和间接损失。此外，违约方还应赔偿对方因返还给付物所支出的必要费用、违约方不履行返还给付物义务给对方造成的损失等。[111] 后者认为，恢复原状并没有涵盖履行利益，为周全保护解除权人，还须赔偿其履行利益（并不限于信赖利益）。合同解除场合的损害赔偿，依然是违约损害赔偿，以履行利益为主，只要不重复填补，就可以包括信赖利益与固有利益的赔偿。如在履行不能时，债权人可以请求填补赔偿；履行迟延时，债权人可以请求迟延赔偿。[112]

除了从解除的抽象效果推论赔偿范围外，也有学者借鉴了意大利民法学理，从价值角度论证履行利益赔偿的合理性。债权人通过请求返还，在“质”上可以取回自身已经完成的给付财产，并再次投入市场以寻求新的交易对象；通过请求损害赔偿，在“量”上可以避免由于对方的违约或解除带来的不利后果，即通过赔偿履行利益，使债权人得到合同正常履行能取得的相同经济利益。将“恢复原状”理解为损害赔偿上也回复到合同订立之初状态，既违背了解除制度的规范意旨，也

不利于平衡双方利益。[113]

2.信赖利益说

也有学者坚持赔偿应限于信赖利益，如因返还、管理、维修标的物产生的费用或准备履行而支付的费用。其论证思路有两种：一是逻辑论证，认为债务不履行损害赔偿与合同解除溯及之间存在矛盾，故主张赔偿范围为信赖利益。[114] 一是价值论证，认为在违约解除时，要求违约方赔偿履行利益不公平，因为合同解除的目的在于使双方当事人的权利义务回复到合同订立之初的状态。另外，既然当事人选择了合同解除，就说明当事人不愿意继续履行合同，非违约方就不应得到合同在完全履行情况下所应得到的利益，否则将会使非违约方得到不应得到的利益。[115] 或指出，合同解除有多种原因，合同解除时损害赔偿责任的范围并不能简化为信赖利益赔偿或者履行利益赔偿，而应考虑不同合同解除情形的特殊性。如预期违约导致合同解除的，损害赔偿的范围应是信赖利益。实际违约导致合同解除的，损害赔偿的范围应是债务不履行的损害和因合同解除的损害。[116]

在合同解除时，信赖利益通常会低于履行利益。但在守约方所订立的合同为“亏本合同”（即履行合同反而会使其财产减少，履行毫无利益）时，如何处理，颇费踌躇。有学者借鉴富勒的理论，认为此时应赔偿信赖利益，否则“无疑等于将原告在一宗交易中的亏损转嫁给被告”。[117]

此外，还有学者从债权人采取的救济手段出发，具体分析损害赔偿请求权的适用：①双方均继续履行合同义务的，债权人可请求迟延损害赔偿，这是与给付并存的损害赔偿（简单的损害赔偿）；②双方的原给付义务均被排除，债权人主张损害赔偿；③债权人仍提供对待给付，另请求损害赔偿。这是请求替代给付的损害赔偿，与解除合同时的损害赔偿有别。根据诚实信用原则，在债务人对债权人将不再行使解除权产生了值得保护的信赖时，债权人将不再享有选择变更权。债权人解除合同的，期待利益的赔偿依差额方法计算，即对待给付的金钱价值与债务人给付的金钱价值的差额。在期待利益难以计算、债权人订立合同旨在追求非经济性目的等情形，债权人在解除合同时可以请求徒劳费用的补偿，但费用补偿与债权人的对待给付不成立对价关系，而且，仅在解除合同时，请求费用补偿才是有意义的。最后，已经提供的对待给付不能纳入费用范畴。[118]

（四）合同解除与违约金

1.合同解除时可否适用违约金条款

依据《合同法》第98条，合同解除并不影响合同中清理与结算条

款的效力。关于本条讨论最热烈的是违约金条款是否属于清理条款。多数学说认为，在违约解除情形，解除权人可以要求支付违约金。其理由为违约金条款系合同的“结算和清理条款”。[119] 如认为“清理条款”是双方当事人彻底整理或处理主体、范围、方法等事项的合同条款，违约金条款或关于违约产生的损失赔偿额计算方法的条款属于清理条款。[120]

这一规定同样引发了直接效果说与折中说的争议，其焦点依然是合同解除时，如何解释违约金条款可以适用？直接效果说通过法律拟制来解决这一问题，即合同关系在违约金存在的范围内继续存在。[121] 折中说则认为，违约金、预定的损害赔偿或者定金为原来债之关系的变形或者延长，均为“清算关系”内容的组成部分。“清算未了，此类条款的使命未了，岂可理解为将因解除而当然归于消灭？”[122]

在实务中，最高法院《关于当前形势下审理民商事合同纠纷案件若干问题的指导意见》（法发［2009］40号）第8条明文规定：“合同解除后，当事人主张违约金条款继续有效的，人民法院可以根据《合同法》第98条的规定进行处理。”《关于审理买卖合同纠纷案件适用法律问题的解释》（法释［2012］7号）第26条持相同观点。最高法院法官在答记者问时也曾明确表示：“目前我们倾向于认为，违约金是当事人预先确定的一种独立于合同债务履行之外的给付，依《合同法》第98条关于‘合同的权利义务终止，不影响合同中结算和清理条款的效力’的规定，违约金条款属于‘合同中结算和清理条款’，因此，即便合同解除，当事人也可以主张违约金。”[123]

尽管如此，《最高人民法院公报》2010年第5期专门刊载的指导案例——最高人民法院关于“桂冠电力与泳臣房产房屋买卖合同纠纷案”引起了学界热议。该判决认为：“合同解除导致合同关系归于消灭，故合同解除的法律后果不表现为违约责任，而是返还不当得利、赔偿损失等形式的民事责任。”法院认为合同解除与违约责任不能兼容，激发了学者较多批评意见。[124] 如认为，解除时的损害赔偿是一种违约责任，“不仅我国学界向来如此理解，而且世界各地的立法、判决和学说也无不如此要求。”把合同解除与赔偿损失等违约责任完全对立，“于法于理，谬之千里”。[125] 这一案例显然赋予了《合同法》第97条关于解除引起的返还义务和损害赔偿义务以独立于违约责任的特殊地位。

由此可见，我国学界基本都认可合同解除并不影响违约金条款的适用。折中说解释这一问题毫无障碍，但直接效果说若坚持结算条款、清算条款、仲裁条款等归属于另外一个合同，[126] 也完全可以不借助拟制条款解释，即虽然上述条款与合同权利义务条款并存于一个

合同，但两者依然可以分离。

2.合同解除时的违约金与损害赔偿金

依《合同法》第97条，在合同解除情形，债权人可以请求损害赔偿。如前所述，此时解除权人也可以请求对方支付违约金，那么，违约金请求权和损害赔偿请求权是何种关系？有学者认为，既然《合同法》承认了损害赔偿请求权，解除的目的就不再是恢复到未签订合同之前的原有状态，损害赔偿指向的并不是信赖利益，而是履行利益。既然承认了可以对导致合同解除的违约行为通过损害赔偿进行惩戒，也应承认可以通过违约金惩戒违约行为。所以，在合同解除时，损害赔偿请求权与违约金请求权也可以同时存在。[127] 但有学者指出，合同解除时，当事人不能在主张违约金条款的同时，继续主张《合同法》第97条的损害赔偿。因《合同法》第114条规定的违约金属于赔偿性违约金，是对违约导致的损害赔偿额的预定。[128]

四　评论

从前文可以看出，国内学界对合同解除的效力理论倾注了大量心智。不同学说对实务的影响可能并不是很大，但对完善合同法学的基础理论建构却大有助益。兹就学界议论，略陈管见。

1.合同解除效力理论

合同法定解除效力到底应采取何种学说，应衡量两个层次的问题：一是理论层面尽可能消除矛盾，二是实践层面尽可能实现当事人利益的衡平。

由此观之，直接效果说的理论解释力在于：其一，合同解除后合同不存在，当事人能彻底恢复交易自由，真正从合同中解脱出来。其二，因合同归于消灭，返还义务无须借助义务转化说进行复杂理论建构，或归结为所有权返还请求权，或归结为不当得利返还请求权。其最大的难题是在于如何解释损害赔偿请求权，从逻辑上说，因为合同若消灭，因不履行合同义务产生的损害赔偿请求权就“毛将焉附”。直接效果说通常采用的方法有二：一是借助法律拟制手段，即认为在损害赔偿的范围内，合同权利义务并不消灭。二是将损害赔偿作为违约行为的法定后果，即使合同消灭，但违约行为一旦发生，就产生违约责任，这种法律后果并不因合同解除而消灭。

折中说的理论解释力在于：其一，在阐释赔偿请求权、违约金请求权与合同解除共存方面圆融无碍。其二，可以顺畅地论证双方返还

义务的牵连性。其最大的问题在于：在合同权利义务是否消灭上，区分已履行和未履行的合同义务的依据何在？若未履行的债务已经转化为恢复原状与损害赔偿之债，原合同如何消灭？折中说的回应理由主要为：正是解除行为导致当事人的权利义务发生了转化，合同权利义务转化成解除后双方的新债权债务关系，两者具有统一性；当事人履行新债务后，原合同关系消灭。

值得注意的是，折中说与德国法上的债务转换说、清算关系说之间存在的实质联系。债务关系转换说强调合同解除使原合同债务成为新债务，因此，原合同已履行的债务，转化为新债中的未履行部分；未履行的债务，则转化为新债务中的既履行债务而归于消灭。按清算关系说，合同并不因解除而消灭，解除权的行使只是变更了原合同内容，在双方产生了“清算关系”，其内容不仅包括恢复原状，也包括损害赔偿。可见，三者的核心思想是相同的。

2.恢复原状与损害赔偿的性质

就恢复原状而言，国内学界多将其作为物上请求权或不当得利请求权。若物已不存在，权利人主张不当得利请求权时，也将面临诸多难题，如是否区分现存利益与既得利益、区分受益人的善意与恶意等。这种不当得利的返还请求权与“所有人—占有人的关系规则”（《物权法》第241—245 条）的关系如何。若物存在，权利人主张所有权返还请求权，这种请求权优于债权请求权，权利人的权利足可受保护。但返还义务人基于占有所获的利益（如在返还之前对物的使用与收益），若要返还，也将遭遇同样难题。

返还义务还存在其他难题，如它是否可以适用抵销规则？不能返还原物时，可否适用侵权法上的损害赔偿规则？

一种新的解决思路是，将返还义务视为独立于不当得利规则、所有权返还规则的法定责任。按照这种思路，合同解除的损害赔偿也并非违约责任，而是解除的特殊法定效力，前述最高法院的裁判思路似乎也体现了这一点，故遭到学界几乎众口一词的批评。实际上，清算关系说尽管主张合同解除的效力并非基于法律，而是基于解除权单方法律行为，但这种清算义务无疑是法定的，并非源于当事人的协议。若这种理解成立，合同解除后的恢复原状、损害赔偿系独立于物上请求权、不当得利、“所有人—占有人的关系规则”与违约责任的法定义务（责任），这应是清算关系说对合同解除效力的革命性贡献。它不仅可以解决合同解除的若干理论纠缠（如合同解除是否导致合同消灭），还可以根据合同解除时双方当事人利益的特性，设计独特规则。但其问题也在于，若将其限定为“法定”义务，是否会影响传统的

债法理论体系，导致债的发生根据漫无边际？

3.违约解除损害赔偿的范围

法定解除是解除权人行使法定权利的结果，故，解除权效力的制度设计应关注合同受害人的保护。在这方面，学界争议较大的是合同解除时的损害赔偿是否为履行利益赔偿。与此有关的问题是：

（1）是否应区分合同解除本身的损害与违约行为造成的损害？

在违约解除情形，合同解除本身的损害是指因信赖合同会被有效履行、但因解除合同所遭受的损害，即信赖利益。具体而言，是权利人为履行合同支出的、因合同解除而成为“沉没成本”（sunk cost）的各种费用，即德国法上的“徒然支出的费用”。尽管合同解除是债权人行使解除权的结果，但解除权既为权利，其造成的损害（信赖利益）当然应由债务人承担。违约行为是引发解除权的行为，它造成履行利益的损害。学界并不区分解除合同解除本身的损害与违约行为造成的损害，认为《合同法》第97条的赔偿损失并非解除合同造成的损害，而是违约行为造成的损害。既如此，就应对违约解除时的损害赔偿与不解除合同时的损害赔偿一视同仁，换句话说，《合同法》第97条与第113条中的赔偿损失，含义完全一致。

（2）是否应区分合同未解除时的违约损害与合同解除时的损害赔偿？

违约责任的出发点，是使权利人的利益达到“如约履行”时的状态，即假定合同如约履行时双方的利益状态。但在违约解除时，当事人不再追求合同的履行利益。二者似乎有别，因为合同解除本来就是一种救济手段，若可与损害赔偿这种违约责任并用，是否意味着解除权人获得了双重利益。即既获得了与他人重新交易的自由（通过订立新合同也可以获得履行利益），同时还可获得履行利益的赔偿。这是履行利益说与信赖利益说争论的重点。

这一问题可从如下方面考量：

其一，合同能否实际履行。在合同不能实际履行时，守约方解除合同并请求损害赔偿，与不解除合同直接请求损害赔偿并无差异。但是，在合同可实际履行时，两者可能有差别。此时，若违约方欲履行合同，解除权人不解除合同的，违约方仅承担迟延履行的违约责任；若解除权人解除合同的，则违约方不能通过履行合同获利，还要赔偿对方的履行利益损害。

其二，损害赔偿诸规则的适用。尽管违约方赔偿履行与信赖利益的差别似乎很大，但因履行利益的赔偿受可预见性规则、损益相抵、

减损规则和权利人的减损义务规则的限制，在合同解除的实践中，两者的差异并不会太大。因解除权人获得了另行订立合同的机会，从新合同中可以获得利益，这种利益应从损害赔偿额中扣除。可见，若损害赔偿规则适用得当，赔偿履行利益并不至于与信赖利益相差过大。而且履行利益往往难以证明，权利人完全可能主张赔偿信赖利益，而不请求赔偿履行利益。

第四节　合同法定解除权的行使

一　解除权的行使方式

（一）通知解除与诉讼解除

合同法定解除的方式不外三种：意思表示方式（通知解除）、诉讼或仲裁解除和自动解除。各国立法和国际条约大多采意思表示解除合同。因为解除权系形成权，无须强制执行，且权利人有权选择是否行使，故自动解除不合法理；诉讼解除虽有助于定纷止争，但若对方当事人对解除没有异议的，就增加了解除成本，显然是对私人自治的不当干预。

《合同法》第96条第1款前段规定，解除权的行使采取向对方当事人发出解除表示的方式，该解除的意思表示到达对方当事人时发生合同解除的效力。有学者论证了其合理性：符合解除权系形成权的特质，解除权只需向对方作出意思表示即可产生合同解除的效力，无须对方答复或同意；若当事人因解除发生争议的，可请求法院或仲裁机构确认。这样既消除了通过裁判行使的高成本，又避免了自动解除的弊端，即罔顾当事人是否解除合同的真实意思，缺乏有效的权利外观。[129]

有疑问的是：若当事人不采取向对方发出意思表示，而是直接通过诉讼方式行使解除权，起诉是否可以取代通知？

肯定说的理由主要是，《合同法》并没有限定解除意思表示的方式，故裁判中或裁判外的意思表示、书面的抑或口头的甚至默示的意思表示均无不可。除了通知以外，在解释上，提起解除合同并请求恢复原状或损害赔偿的诉讼、对履行请求之诉提出抗辩，都可构成解除的意思表示。[130] 或认为，合同解除权的性质虽为形成权，但并不排斥请求权，解除权人可以诉请返还或损害赔偿，裁判机关可以审理解除合同的效力，法院也有权判决解除合同。[131] 或从诉讼角度出发，

指出解除权人常常无法实际通知违约方，若将合同解除方式仅限于通知解除，解除权人将面临着明知继续履行合同将遭受巨大损失，却仍然无法解除合同的困境。而通过诉讼解除的，法院可以通过公告送达方式替代通知。[132]

否定见解则认为，解除权人通过诉讼方式行使解除权，违反了《合同法》第96条：其一，该条只规定了由合同解除权人以通知的方式解除合同，依反对解释，不得由裁判机关解除合同；其二，该条规定相对方有异议的，可以请求法院或仲裁机构确认解除合同的效力，按照反对解释，解除权人无权提起合同解除形成之诉，也无权提起合同解除确认之诉，解除合同效力的诉讼只能由相对方提起。[133] 针对这种观点，有学者评论道："显然，这是没有法律及法理依据的断语……我们应当有底气地认为，在中国现行法上，解除权的行使，可以采取诉讼外的方式，也可以采取诉讼的方式。"[134]

（二）解除权人的催告

依据《合同法》第94条第3项，非定期债务迟延履行的，解除权人应在催告后，对方仍不履行时才能解除合同。催告即债权人请求债务人在合理期限内继续履行债务。本条在适用中存在两个重要问题：

一是债权人能否不经催告，径直通知违约方解除合同？这明显不符合法律文义的要求，但有学者认为，若取肯定说，"也说得过去"，因为解除通知实际上包括了催告违约方继续履行的意思，径直通知解除合同可作为催告的一种表现形式；在违约状态已持续很久的情形，守约方其后诉请法院或仲裁机构确认合同解除的，裁判机构可直接确认诉争合同已被解除，符合效率原则，有利于守约方。[135]

二是合同可否约定违约方迟延履行非定期行为时，守约方可径直解除合同？对此，一种思路是认定《合同法》第94条第3项的规定是否为效力性的强制性规定，但这种解释难度很大，"费力不讨好"。另一种思路是依据合同解除制度的目的及功能、诚实信用原则、交易习惯，考虑个案情形综合判断。如在货物买卖合同中可认定有效；但在学生租赁住房的合同场合，应为无效。[136]

（三）相对方的催告

《合同法》第95条规定，"法律没有规定或者当事人没有约定解除权行使期限，经对方催告后在合理期限内不行使的，该权利消灭"。依本条规定，能否认为合同解除均需相对方（非解除权人）催告？

有学者持否定说，认为催告只是法律赋予解除权相对人确定对方

是否解除合同的权利，是否催告不影响解除权因逾期行使而消灭的效力。而且非解除权人大多为违约方，由违约方催告非违约方是否解除合同，并将其作为解除权丧失的条件，也不合情理。[137] 若违约方怠于催告，守约方也没有解约，违约方完全可能信赖守约方不再解约，此时不承认解约权已消灭，易滋纷扰。

二　解除权行使的期限

解除权为形成权，必须在除斥期间内行使，《合同法》第95条也规定了解除权的行使期间。法律没有规定或当事人没有约定的，解除权应在“经对方催告后在合理期限内”行使。最高法院《关于审理商品房买卖合同纠纷案件适用法律若干问题的解释》第15条规定，出卖人迟延交付房屋或者买受人迟延支付购房款，“合理期限”为经催告后的3个月，当事人另有约定的除外；对方当事人没有催告的，则为1年。此外，《关于审理技术合同纠纷案件适用法律若干问题的解释》第15条也作了类似规定。但其他合同则欠缺相应规定。

设定“合理期间”的宗旨自然是尽快稳定当事人之间的法律关系，法律仅规定“合理”而没有明定具体期限，无非授予法官在个案中以自由裁量权。至于何谓“合理”，学者的看法不一致。

有学者提出了明确的方案，认为在无法定及约定且无催告时，解除权的除斥期间应适用或类推适用前述司法解释的规定。其理由是：其一，将解除权的除斥期间定为1年，与撤销权等形成权的除斥期间相同，符合“相似的事物相同处理”的理念；其二，允许解除权人在过长期限内解除合同有违公正；其三，1年的时间足以提醒解除权人应当及时行使其解除权。此外，违约请求权罹于时效时，解除权消灭或不得行使的思路也值得考虑。《合同法》第95条关于当事人约定除斥期间的规定，文义过宽，应予目的性限缩，即约定的除斥期间过长时，法官可以根据个案情形和公平正义予以限制。未来立法应明确规定，过长的期间部分无效；或者首先规定典型且合理的除斥期间，然后规定当事人约定了超过此期间的除斥期间，视为未约定，适用法定除斥期间。[138]

反对意见则认为，上述司法解释将未约定行使期限的约定解除权的除斥期间规定为1年，具有明确的针对性，为了保证法律的权威性、确定性及预见性，保障私法自治，不能随便类推适用。“合理期限”应结合案件的情况、合同标的的性质、交易的习惯和目的等认定。[139] 还有学者主张，当事人“应当在较短的时间内及时行使”。[140]

关于解除权的除斥期间的起算点，有学者建议，若法无明文且当事人也没约定的，首先通过催告确定：催告中指明了起算点的，依其约定；未明确的，根据《合同法》第95条第2款及《商品房买卖合同司法解释》第15条的精神，宜把催告通知到达的次日确定为除斥期间的第1天。既无法律规定和当事人约定，又无催告时，解除权的除斥期间从解除权发生之日起算。[141]

三　合同解除异议制度

（一）《合同法司法解释二》之前的讨论

《合同法》第96条第1款后段规定："对方有异议的，可以请求人民法院或者仲裁机构确认解除合同的效力。"这是因为解除权人可基于其单方意志改变当事人之间的权利义务关系，对相对人利益影响甚大。但该规定在适用中存在诸多问题。有学者总结为：①异议的内容与形式如何？②异议的主体是谁？③异议有无时间限制？④请求裁判机构确认解除合同的效力，有无时间限制？⑤未请求裁判机构确认解除合同的效力的，合同是否因解除权的行使而被解除？[142]

《合同法》并没有规定异议期间，在其颁行后，就有学者主张，合同解除异议权的行使应有期限限制。目的有二：一是为尽快稳定当事人之间的法律关系；二是防止解除权人滥用权利。[143] 还有学者建议，立法可规定一方应当在接到对方解除合同通知之日起15日内，请求法院或者仲裁机构确认合同解除的效力，逾期则发生合同解除的效果。[144] 其后，诸多学者均建议设置异议期限。如从立法论角度建议，未来民法典可区分两种情形设计不同的异议期间：一是非违约解除情形，即援引《合同法》第93条第2款、第94条第1项等主张解除合同的，当事人需慎重权衡利弊得失，异议期间可以适当长些，如设计为2个月；二是违约解除情形，应当更加关注守约方的合法权益，赋予违约方提出异议的期间应当短些，如设计为1个月。[145] 可见，学界对确立解除异议期间基本达成了共识。

（二）《合同法司法解释二》之后的讨论

2009年，最高法院《合同法司法解释二》第24条规定合同解除异议制度："当事人对合同法第96条、第99条规定的合同解除或者债务抵销虽有异议，但在约定的异议期限届满后才提出异议并向人民法院起诉的，人民法院不予支持；当事人没有约定异议期间，在解除合同或者债务抵销通知到达之日起三个月以后才向人民法院起诉的，人民法院不予支持。"这无疑是典型的"司法造法"，其甫一问世，即引发

了热议。

1.异议权的性质

对异议权的性质，学界罕有讨论，只能从其论述中略窥端倪。在《合同法》颁行初期，一种流行观点认为，解除合同的通知到达对方时，对方未提出异议的，合同即解除。[146] 明显是认为异议直接发生阻却合同解除的效力。或认为，异议是相对人的权利，相对人一旦行使，则合同解除的“效力就会待定”，[147] 即解除行为就处于“效力待定”状态。这种观点随后遭到了批评，因为“合同解除权是形成权，一旦解除通知到达相对人，合同即行解除；而异议权是一种请求权，是请求撤销合同解除行为，异议权行使只是对解除行为的撤销。”[148] 上述观点的共同点在于，将异议权作为与解除权相对应的一种实体权利，或者是请求权，或者是抗辩权。

亦有学者从异议权的功能角度，将其归结为“违约方应对作为一种纯粹自助权的解除权的必要措施”。其目的只是表明违约方的态度，并不决定解除权的存在。[149]

2.解除异议的方式

《合同法》与《合同法司法解释二》都没有明确规定异议方式。但基于如下两方面的原因，异议应不限于诉讼方式：其一，诉讼是高成本的活动，而且解除权人在收到异议后完全可能撤销解除行为。其二，合同解除都可以通过意思表示的方式，为期平衡，异议自然可以通过非讼方式行使。故学界均同意“异议”不限于诉讼方式，认为还包括请求解除权人继续履行合同，对解除权人的请求提出抗辩等。[150] 此外，因为《合同法》第96条使用的是“可以”（而非“应当”）的措辞，有学者认为，从文义解释看，相对人完全可以采取起诉外的其他方式提出异议。[151]

3.实质审查与形式审查

对方在法定期限内未提出异议的，法院是否必须要先审查解约人是否有解除权，才能解除合同？即法院需要进行实质审查，还是只需审查异议期间是否经过？学界看法迥异。

肯定说的主要理由为：①相对方的沉默不能推定为同意，既不能推定同意解除，也不能推定同意解约事由；②《合同法》第96条的适用条件之一是具备法定解除合同的条件，故异议权及异议期的适用前提是行为人享有解除权，若发出解除通知一方根本就没有解除权，就不是该条规定的“异议”；③可能导致违约方通过发出解除通知的方式规避违约责任。[152] 否定说主要是来自实务界尤其是最高法院，其理

由为：①法律既然赋予了相对方异议的权利，相对方没有在异议期间起诉的，就可以从法律上推定其以沉默方式同意合同解除，而且还认可了解除通知中所称的解约事由。从文义上看，《合同法司法解释二》第24条中的"不予支持"，当然包括对合同解除异议和对合同解除后果的"不予支持"。[153] ②要求法院进行实质审查以确定通知解除方有解除权，则不管对方何时提出异议，都无法阻却解除权，会使司法解释的规定成为具文。[154]

当事人超过法定或约定的异议期限不提出异议时，若法院还需审查解除权是否成立，则异议期限对解决双方的解除之争确实没有助益。但若因异议期限经过而直接认定合同已解除，则必然为非解除权人解约提供法律支持。故针对否定说的观点，有学者指出，该规定把本应由通知解除合同的人承担的风险转嫁给相对方，不但侵害了相对方的时效利益，还可能产生比罹于诉讼时效更严重的失权后果。因为一旦相对方未及时异议，就丧失了所有的实体权利。这可能大面积地触发道德风险，诱导本无解除权的当事人以一纸通知侵害相对方法定的实体权利和时效利益。在程序法上，该条规定的消极确认之诉也并无特别的确认利益，实为无效率的制度设计。因此，在立法论上应完全废除，解释论上应限制适用。[155]

4.异议期间当事人的权利义务和解除效力的发生时间

这涉及如下三个问题：

其一，一方当事人发出了解除通知，对方当事人表示异议并向法院提出确认之诉的，在法院判决之前，合同的效力如何？若法院不确认解除行为的，应如何处理？对此，最高法院的法官在答记者问时指出，"实践中为了防止不必要的损失，通常认为如果当事人起诉请求确认解除合同的效力，在法院判决未下达前，合同不解除。"[156]

其二，异议期间当事人未履行合同的责任应如何承担？有学者指出，提出解除合同的一方应对享有合同解除权和正确行使合同解除权承担举证责任，举证不能的，解除合同的行为就是违约行为，应承担违约责任。[157]

其三，解除权人以通知方式行使解除权时，合同自通知到达相对人时解除，但在相对人提出异议时，合同解除的生效时间是否会发生改变？有学者指出，解除的异议期限不具有影响合同解除时间点的目的及作用，因为解除异议不成立时，按照《合同法》第96条第1款中段的规定，解除通知到达违约方时发生解除的效力，不受违约方提出解除异议与否的影响。只要裁判机构作出合同解除的生效判决，合同解除就应溯及至解除合同的通知到达相对人之时。[158]

四　评论

合同解除权的行使制度中，尚有如下问题需进一步明确：

1.以诉讼代替解除通知

解除能否以诉讼方式通知，取决于对《合同法》第96条的理解。因它并没有规定通知的具体方式，而“通知”的目的无非在于让对方知悉，至于何种方式则无关紧要。在应诉通知书送达债务人后，债务人即应知道对方的解除意思。而且，在无法通知时，由法官公告对双方均有利。唯一的缺陷可能在于，若对方没有异议，起诉通知就相当于把诉讼费用强加给了被告。但在实践中，这种情形应属罕见，毕竟解除权人（原告）也必须考虑诉讼的时间与精力等成本。

但是，在需催告后才能解除的情形，如迟延履行非定期债务的，债务人应有履行宽限期的利益，只有债务人宽限期届满后不履行时，债权人才能解除合同。此时，以诉讼代替通知的，法院就面临如何确定宽限期的问题：若债权人在法院受理后确定了宽限期，被告在宽限期内履行的，或被告在收到应诉通知书后即履行的，法院应如何处理？

2.合同解除异议制度

对异议权的争议，似还有如下问题值得思考：

（1）行为人若没有解除权，对方有无必须异议的义务？不提出异议是否就产生对方的解除权？这种解除权产生的依据何在？鉴于相对人的异议是一种权利，若按实务界的理解，无论解约人是否享有实体上的解除权，对方不在一定期限提出异议，都产生对方的解除权，无疑将异议当成了一种义务。这一问题可以归结为：异议是一种实体权利，还是程序权利，甚至只是表明异议人的态度，根本不是权利？

（2）《合同法司法解释二》对解除异议的处理，类似于《合同法》第158条（买方对质量与数量异议），两者的立法目的与原理是否相同？对解约相对方利益的保护，如何与权利失效原则、信赖原则协调？

（3）《合同法》第54条规定的可撤销合同，其撤销权的行使是否也可按照《合同法司法解释二》的做法，设定相对人的异议期？

（4）相对人提出异议后，解除权人是否可以撤回（撤销）解除行为？

第五节　合同解除与风险负担

一　风险负担及其与合同解除的竞合

（一）风险负担的界定

风险负担是合同法学的基础概念之一。风险系“标的物因法定免责事由损毁灭失的不利状态”。[159] 风险负担则指合同成立后，因不可归责于任何一方的事由致使标的物毁损灭失时，该损失由何方承担。

学界多将风险（负担）分为两类：给付风险（履行风险）与价金风险（对价风险）。前者是指债权人能否请求债务人重新另为给付；后者是指标的物毁损、灭失时，卖方是否应支付价金。[160] 或将其分为三类：①物上风险，即物的损害由何人承担；②给付风险，指因不可归责的事由致给付不能时，债权人能否请求债务人重新另为给付；③对待给付风险（价金风险），指债务人无再为给付义务时，他方有无对待给付义务。[161] 至于不可归责的事由，学者通常不详细说明，个别学者认为包括不可抗力和第三方侵权两种。[162]

《合同法》并没有设置风险负担的一般规则，只在买卖、租赁、运输、技术开发合同等合同类型中，作了具体规定。如买卖合同中的交付主义及其例外（第142条以下）、租赁合同中的出租人主义（第231条）等。对承揽、建设工程、技术转让、保管、行纪等合同，均没有规定风险负担规则。

（二）合同解除与风险负担的竞合

合同解除和风险负担都是处理履行障碍的方式。在传统民法上，两者的作用领域相对清晰，风险负担规则适用于不可归责于当事人的事由造成的标的物的毁损灭失，而解除则适用于可归责于当事人的情形。两者的适用范围泾渭分明，不会出现竞合。此外，两者的效力也有重要差别。故，在《合同法》颁行前，学界并没有意识到合同解除与风险负担可能发生竞合。

《合同法》基本上脱离了传统债法的“债务不履行”框架，违约责任的成立原则上不以债务人的过错为前提，且因不可抗力致合同目的不能实现的，当事人也可以解除合同。而风险负担又是由“不可归责于双方当事人”造成的，因此，两者的作用范围可能存在交叉。早在2004年，就有学者开始注意到这一问题：在不可抗力情形，当事人的合同目的已经不能实现，且《合同法》第118条已规定因不可抗力而不能履行合同的一方应当及时通知对方，而赋予当事人解除权等于赋

予其保持合同效力的权利，但“这样做实际上已经没有意义了”，“通过自动解除的方式结束合同关系，或许更好。”[163]

近年来，一些留日学者引入了日本有关合同拘束力的新理论，其中也涉及合同解除与风险负担的关系。其要旨为：按照脱离了债法体系的合同构成理论，当事人订立合同的目的是为获得利益，如果当事人丧失了取得这种利益的可能性，也就无须再维持合同的拘束力了。故解除制度允许丧失了维持合同利益的当事人摆脱合同拘束力，不再制裁债务人，也就当然不需要归责事由。这样，风险负担与解除均调整因不可归责的事由造成的标的物毁损灭失，会发生重叠。[164]

尽管风险负担与合同解除的适用领域存在重合，但两者的效力存在诸多差异。有学者将其概括为：①牵连性。风险负担规则要求给付义务与对待给付义务具有牵连性；解除则无须考虑牵连性，通常只考虑该义务违反是否足以解除合同。②法律效果。两者都具有使当事人从合同中解放出来的功能。但风险负担规则解决的是“风险”谁承担，而且可能由债权人承担风险；解除制度则通过消灭合同来实现这一目的。③行使程序。风险负担不需要当事人的意思介入，相当于“合同自动解除”，当事人无法选择合同是否存续；解除则需要权利人的意思表示，权利人有是否解除合同的选择权。因此，对持续性合同而言，解除模式可能对债权人不利。如在租赁合同中，依风险负担规则应由出租人承担风险，承租人无须支付租金；若依解除模式，在风险产生后、解除通知到达对方之前的时间段，承租人仍需支付租金。故，如何处理从风险发生到解除权行使为止这段时间的法律关系，是“解除模式的软肋之一”。但是，风险负担规则的适用也并不简便易行，例如何种情形构成《合同法》第117条意义上的全部免责，难以界定。④具体适用情形。合同解除涵盖了风险负担规则的适用范围。但在特定领域，特别是部分不能及合同解除后清算关系中的风险处理等，两者的适用结果可能存在一些不同。对部分不能而言，风险负担规则较之解除模式可能更为方便。⑤期间限制。风险负担规则不受时效或除斥期间的影响，但合同解除受除斥期间限制。总之，“在给付义务是否得以免除不是十分清晰之情形，以及债权人对于合同的存续存有利益之情形，合同解除与风险负担规则相比具有其优势。但解除程序的烦琐、期间的限制、持续性合同中的部分不能以及合同解除后的风险负担问题之应对等方面，风险负担规则较之解除制度更为合理”。[165]

依《合同法》，风险负担与合同解除的法律效力也存在若干重要区别。有学者将其概括为：①规则冲突。风险负担规则系自动适用，无须当事人的意思表示。合同解除制度则需当事人的意思表示。②程

序冲突。风险负担规则适用的程序是：标的物毁损、灭失导致合同履行不能——合同自动消灭——分配风险；合同解除的程序则是：合同解除事实发生——发出解除通知——合同解除——清算。③起算点冲突。适用风险负担规则时，合同消灭的起算点是标的物毁损、灭失的时间点；解除合同时，合同消灭的起算点是解除通知到达对方的时间点。④救济途径冲突。《合同法》没有规定适用风险负担规则时对方当事人的救济渠道；在合同解除制度中，相对方则可以提出异议。[166]

既然风险负担与合同解除的适用范围存在交叉，而效力又存在较大差异，妥善处理两者的关系就至为重要。

二　风险负担与合同解除的一元论与二元论

在德国债法现代化改革过程中，学界曾有过用合同解除统合风险负担规则的议论；日本的“合同构成理论”亦有类似见解。如依据合同构成理论，风险负担规则比合同解除制度对债务人造成的损失可能更大，因而前者不再有存在的意义。但即使如此，在给付风险采债权人主义及在继续性合同履行不能时，风险负担制度仍有积极意义。[167]

《合同法》同时规定了风险负担与合同解除规则，系采二元论。因《合同法》的规定简略，如何处理合同解除与风险负担的关系，确实非常棘手，连日本学者都认为我国《合同法》上两者的关系“不易解明”。[168] 但国内学界对《合同法》的二元论均持肯定立场，迄今无人主张一元论，至少是彻底的一元论，尽管对《合同法》的相关规定多有微词。

学界对《合同法》相关规定的批评，集中在第94条关于不可抗力致合同目的不能实现时适用合同解除的规定。前文已指出，有学者建议此时合同应自动解除。此外，亦有学者明确指出依《合同法》第94条，因履行不能致使原给付义务消灭，对待给付并不当然消灭，当事人须行使解除权。这种规定“在体系上存在漏洞”。[169] 或从德国法入手，指出《德国民法典》第326条规定了债权人在债务人给付不能时的合同解除权，且不需要指定期间。若债权人的对待给付义务自动归于消灭，这种解除权就“并不具有什么真正的意义”；若债权人的对待给付义务全部或部分保持，就只有行使解除权才能使债权人从对待给付义务中解脱出来。[170]

反对自动解除的学者则指出，自动解除系德国、日本、我国台湾地区民法的做法，但其前提是法律对不可归责于双方当事人的客观原因造成的不能履行，设置了明确的风险负担规则。若法律规定了完

整、明确的风险负担规则与清晰的不可抗力免责规范，合同可以自动解除；若不具备这些前提条件，合同解除模式就有合理性与必要性。即使在立法论上，解除模式也可以存续。[171]“在中国现行法关于风险负担规则存在欠缺及个别模糊和不可抗力免责不完全明确的情况下，无论是运用解除程序还是采取自动解除模式，实际效果时常相近”。[172]

鉴于风险负担规则与合同解除制度的法律效力不同，且对当事人的利益影响较大，对两者的交错领域，有论者提出如下处理意见：①债务人承担风险的，债权人的对待给付债务消灭。此时，债权人可选择适用合同解除或风险负担规则。解除权因期间经过而消灭时，债权人依风险负担规则免于对待给付义务，此时可限制解除权期间规则的适用；合同解除后清算关系中的诉讼时效与风险负担规则中返还关系的诉讼时效冲突时，适用前者；在不可抗力场合，债务人请求解除的，若能证明风险负担规则对债权人更有利，可适用风险负担规则。②法律规定由债权人承担风险的，债权人不享有解除权。在受领迟延、所有权保留买卖及不动产买卖情形，完全可以否定债权人的解除权。③瑕疵给付时的解除与风险负担应适用《合同法》第148条、第149条。[173] ④约定的风险负担规则优先于合同解除的适用。⑤持续性合同可类推适用《合同法》第231条，或建立部分解除制度。⑥清算关系中的风险分配可有限制地准用《合同法》第148条。[174]

主张二元论优于一元论的学者，还提出如下方案解决两者的竞合：①以合同解除制度为原则，以风险负担规则为特例。②尊重当事人的意思自治，赋予当事人选择权。③依据具体情况否定当事人的合同解除权，如买方对标的物有存续利益（如已购买保险）时，可否定出卖方的合同解除权；在租赁合同等持续性合同中，租赁物灭失涉及承租期间的起算点，应适用风险负担规则；所有权转让不能发生在标的物交付后的，可否定买受方的解除权；债务人取得了赔偿或者赔偿请求权的，应向债权人交付赔偿或者让与赔偿请求权，此时不能支持债务人的解除权。④适当限制解除权行使期限。[175]

三　评论

如何处理合同解除与风险负担的关系问题，确实非常疑难。兹提愚见若干。

1.风险负担的界定

学界对风险负担的界定尚不明确。所涉问题如下：

（1）风险的界定

学界均以“不可归责”为中心界定风险负担，唯对“不可归责”的范围未涉限制，如它仅限于不可抗力，还是包括债务人没有过错的其他情形——尤其是第三人原因导致的履行不能？在《合同法》上，风险负担中的“风险”应解释为限于不可抗力，但当事人对风险负担另有约定的除外（如使用国际贸易术语交易时）。理由是：其一，标的物因不可归责于当事人的事由毁损灭失时，构成履行不能，除系不可抗力造成的以外，债务人应承担违约责任，且《合同法》第121条明确规定债务人对第三人原因造成的违约不能免责。因风险负担规则并不包括债务人承担违约责任的内容，若将“风险”解释为包括不可抗力和其他不可归责的事由，则会造成法律适用冲突。其二，同理，因《合同法》并不要求合同解除以可归责于债务人为前提，债权人解除合同的，还可请求损害赔偿，扩大“风险”范围同样会滋生法律适用的困扰。

（2）损害类型

风险负担是否仅限于“物”的毁损灭失，而不包括其他种类？学界多以标的物的“毁损灭失”展开，以买卖合同为重点，兼及承揽合同、运输合同与仓储合同等，但《合同法》第338条第1款明确提及技术开发合同中的“风险责任”、第405条涉及委托合同中“不可归责于受托人的事由”，在这些合同中，风险负担并不体现为标的物的毁损灭失，而是体现为新技术无法开发等，它们是否可以归入风险负担规则？物的风险与物以外的其他财产利益的风险，其现实化的结果都是合同不能履行，但传统上风险负担限于物的风险，而且对两者无法适用统一的风险建构规则，故宜坚持传统界定，将风险负担限于物的风险负担。与此相关的问题是，《合同法》并没有关于风险负担的一般规定。《合同法》分则对买卖合同的风险负担规定最为详尽，对其他合同，若法无明文的，能否都准用买卖合同风险负担的规定？虽然买卖合同为有偿合同的典范，但法律上的风险分配是基于特殊合同类型的特殊利益衡量所作的安排，故可参酌买卖合同，但不宜照搬，如承揽合同中的材料、工作成果的风险负担等。

2.风险负担的一般规则

《合同法》依据不同合同类型，对风险负担作了多元化规定，如买卖合同大致以“风险与收益一致”、“风险由最能管理风险的人承担”为出发点，与侵权法的风险分配类似，但货物运输合同则采公平原则（第314 条）。可见，与合同法定解除规则不同，《合同法》难以采取统一的风险负担规则。

3.风险负担规则与合同法定解除制度竞合的实益

这主要体现在两者的效力差异上，详言之：

（1）风险负担规则除了分配风险之外，是否还具有使当事人在风险负担成立时就自动从合同中解脱出来的功能？若答案是肯定的，则风险负担规则更有利于债权人，因为它无须适用法定解除程序，也不受解除期间的限制。依据风险负担规则，债权人可不承担物毁损灭失时到合同解除时的不利益（如支付租金）；债务人（如卖方）承担风险负担的，若其已收取价款，则应返还价款及自标的物毁损灭失时价款所生的利息。

风险负担规则是否具有消灭合同的功能，宜区分情形讨论：其一，若标的物在尚未交付之前毁损灭失的，此时合同应自动消灭。其二，若标的物已交付但所有权尚未转移，或在法律规定的某些情形（如路货买卖），风险负担规则只具有分配风险的功能，并不具有自动消灭合同的功能。相反，风险承担方有时还需履行合同义务，如风险由买方承担的，买方还需支付价金。其三，若标的物已交付，且所有权也转移的，此时一方已履行合同义务，若买方已支付价金的，合同自然消灭。此时适用风险负担规则毫无意义。

（2）在不可抗力场合，风险负担规则的目的是确定由何方承担风险；而此时合同解除产生恢复原状的效力，且违约方并不承担损害赔偿责任。在标的物已交付，但所有权尚未移转的所有权保留买卖或不动产买卖中，适用风险负担规则与合同解除的效力差异非常明显。如在开发商已交付房屋，但尚未移转所有权时，不动产毁损灭失的，依据《商品房买卖合同司法解释》第11条第2款，风险应由买方承担，即买方应支付价金；若适用合同解除规则，买方则无须支付价金。

可见，适用风险负担与法定解除的差异体现主要体现在：①合同法定解除权行使的程序严格，且受期间限制，风险负担则不存在这些问题，故适用风险负担规则有利于风险承担方，适用合同解除规则有利于非风险承担方。②物已交付、但所有权尚未移转时，标的物毁损灭失的，适用风险负担规则有利于非风险承担方，适用合同解除规则有利于风险承担方。③在继续性合同中，依风险负担规则，非风险承担方（如出租人）不承担标的物毁损灭失时起到合同解除时的合同义务（如支付租金）；依合同解除制度则相反。④一方已支付价金的，依风险负担规则，非风险承担方享有标的物毁损灭失时起到合同解除时的利息；依合同解除制度则相反。

4.一元论评析

在标的物因不可抗力毁损灭失时，既然风险负担规则与合同解除制度差异如此明显，在其竞合时，无疑会导致法律适用混乱，甚或使法律的价值取向无法实现。一元论当然不存在这一问题，但它也并非完美无缺。以下将一元论细分为两种情形讨论。

（1）以合同解除取代风险负担。这种做法的问题在于：其一，忽视了法律配置风险负担的特殊考量。如在所有权保留买卖中，买受人承担风险的原因是其对物现实的控制与管领。其二，难以解决标的物部分毁损灭失问题。若这种情形并不导致合同目的不能实现，债权人将既无法解除合同，又不能适用风险负担制度解决部分履行不能问题，唯有另行规定部分解除规则一途。

（2）以风险负担取代合同解除。这种做法的问题在于：其一，忽视了债权人的选择权，若债权人欲以其他标的物替代履行，且这种期望完全合理，若适用风险负担规则，合同自动消灭，债权人的愿望就无法实现。其二，可能给债务人造成更大损害。因为风险负担制度自动适用，若债务人以为债权人不解除合同，而为继续履行债务作准备时，债务人的损害将扩大。[176] 当然，这仅存在于标的物为种类物且债务人履行迟延的情形，因为在履行期届满之前，标的物即使毁损灭失的，债务人也可以另行取得其他种类物用以履行债务。其三，同样难以解决标的物部分毁损灭失的问题。此时，若这种情形导致合同目的不能实现的，适用风险负担制度只能解决部分履行不能问题，无法通过解除合同来消灭整个合同。

5.《合同法》二元模式的法律适用

依《合同法》，风险负担与合同解除发生竞合的场合仅限于因不可抗力导致标的物毁损灭失，且当事人没有约定风险负担的情形。这是因为：①风险负担仅适用于不可归责于当事人的标的物毁损灭失情形；合同解除虽然不以可归责于债务人为前提，但除了适用于标的物毁损灭失外，还适用于其他根本违约情形。②若当事人已约定风险负担的，约定自然应优先于合同法定解除规则的适用，两者不存在竞合的可能。

在《合同法》上，两者竞合时，原则上应优先适用风险负担规则。因为法定风险负担规则是法律基于特殊合同类型及当事人在具体情境中所作的利益与风险分配，而合同法定解除制度是法律对所有合同所作的一般性规定，对当事人利益的权衡显然不如风险负担规则细致。

此外还需要说明三个问题：

其一，选择论认为，当事人（债权人）可以选择适用风险负担规

则与合同解除规则。若将选择权人限定为不承担风险负担的一方，因风险负担规则往往对其更有利，故权利人往往会选择适用法定风险负担规则，与优先适用法定规则并无区别。

其二，若已投保的标的物毁损灭失，但风险承担方与保险受益人并非同一方时，即使适用风险负担规则，保险金也应归风险承担方。若标的物毁损灭失，但受害人获得赔偿的，也应同样处理。现行法并没有规定此时发生损害赔偿请求权的法定移转，自然可适用不当得利请求权。

其三，风险分担规则的适用是否导致合同终止，《合同法》未设明文。为此，可将《合同法》第110条解释为：在履行不能时，违约当事人承担了违约责任后，原合同自然消灭。而风险分担规则是违约责任的替代，它产生的权利义务关系同样为合同义务的转化，也导致原合同的消灭。

---

[1] 王利明：《合同法研究（修订版）》（第2卷），中国人民大学出版社2011年版，第285页。

[2] 韩世远：《合同法总论》（第3版），法律出版社2011年版，第503页。

[3] 崔建远：《合同解除的疑问与释答》，《法学》2005年第9期。

[4] 参见蔡立东《论合同解除制度的重构》，《法制与社会发展》2001年第5期。

[5] 参见朱广新《合同法总论》（第2版），中国人民大学出版社2012年版，第506页、第510页。

[6] 同上书，第429页。

[7] 参见王利明《合同法研究（修订版）》（第2卷），中国人民大学出版社2011年版，第288页以下；朱广新：《合同法总论》（第2版），中国人民大学出版社2012年版，第429页。

[8] 参见朱广新《合同法总论》，中国人民大学出版社2008年版，第340页。

[9] 参见崔建远主编《合同法》（第5版），法律出版社2010年版，第244页。

[10] 参见王利明《合同法研究（修订版）》（第2卷），中国人民大学出版社2011年版，第289页。

[11] 参见朱广新《合同法总论》，中国人民大学出版社2008年版，第340页。

[12] 参见崔建远《合同法》（第5版），法律出版社2010年版，第244页。

[13] 参见龚赛红《论民法典中的合同的解除与合同终止》，《北京化工大学学报》（社会科学版）2006年第4期。

[14] 参见崔建远《退货、减少价款的定性与定位》，《法律科学》2012年第4期；崔

建远主编《合同法》（第5版），法律出版社2010年版，第308页。

[15] 参见陈晗雨、蒋桂芝《合同解除的效力》，《中国律师》2003年第4期。

[16] 王利明：《违约责任论（修订版）》，中国政法大学出版社2000年版，第627页。

[17] 参见王利明《合同法研究（修订版）》（第2卷），中国人民大学出版社2011年版，第287页。

[18] 参见朱广新《合同法总论》，中国人民大学出版社2008年版，第358页。

[19] 参见王利明《合同法研究（修订版）》（第2卷），中国人民大学出版社2011年版，第300页；韩世远：《合同法总论》（第3版），法律出版社2011年版，第503页。

[20] 参见崔建远《合同解除的疑问与释答》，《法学》2005年第9期。

[21] 参见张民《再论未生效合同的解除》，《法学》2012年第3期。

[22] 参见韩世远《合同法总论》（第3版），法律出版社2011年版，第511页。

[23] 参见周帮扬《浅析可撤销合同能否作为合同解除之对象》，《武汉船舶职业技术学院学报》2005年第2期。

[24] 参见崔建远《合同解除的疑问与释答》，《法学》2005年第9期。

[25] 参见曾祥生《论合同解除权与撤销权之竞合》，《求索》2010年第1期。

[26] 韩世远：《合同法总论》（第3版），法律出版社2011年版，第506页。

[27] 目前资料表明，郭明瑞最先涉及这个问题。参见《论合同的解除》（见中国法学会民法学经济法学研究会编：《企业·证券·合同》，人民法院出版社1992年版，第298页）。转引自韩世远《合同法总论》（第3版），法律出版社2011年版，第509页注5。

[28] 参见崔建远《合同解除探微》，《江淮论坛》2011年第6期。

[29] 参见韩世远《合同法总论》（第3版），法律出版社2011年版，第509页以下。

[30] 参见卢谌、杜景林《论合同解除的学理及现代规制——以国际统一法和民族国家为视角》，《法学》2006年第4期。

[31] 参见解亘《日本契约拘束力理论的嬗变——从债权债务构成走向契约构成》，《南京大学学报》2012年第2期。

[32] 参见解亘《我国合同拘束力理论的重构》，《法学研究》2011年第2期。

[33] 参见李永军《合同法》，（第3版），法律出版社2010年版，第549页；李先波：《英美合同解除制度研究》，北京大学出版社2008年版，第374页。

[34] 参见王利明《合同法研究（修订版）》（第2卷），中国人民大学出版社2011年版，第305页以下。

[35] 参见伍治良《根本违约判定标准功能之回归研究——兼评我国合同法相关规定之不足》，《法律科学》2003年第3期。

[36] 《合同法》第一稿有关各种违约行为与解除权的关系的规定，参见李永军《合同法》（第3版），法律出版社2010年版，第549页以下。

[37] 韩世远：《合同法总论》（第3版），法律出版社2011年版，第516页。

[38] 参见朱广新《合同法总论》（第2版），中国人民大学出版社2012年版，第513页。

[39] 参见李先波《英美合同解除制度研究》，北京大学出版社2008年版，第374页。

[40] 参见王利明《合同法研究（修订版）》（第2卷），中国人民大学出版社2011年版，第305页。

[41] 韩世远：《合同法总论》（第3版），法律出版社2011年版，第519页。

[42] 参见崔建远《合同一般法定解除条件探微》，《法律科学》2011年第6期。

[43] 参见韩世远《合同法总论》（第3版），法律出版社2011年版，第519页。

[44] 参见崔建远《合同一般法定解除条件探微》，《法律科学》2011年第6期。

[45] 参见张民安主编《合同法》，中山大学出版社2003年版，第223页以下。

[46] 参见王利明《合同法研究（修订版）》（第2卷），中国人民大学出版社2011年版，第307页。

[47] 参见崔建远主编《合同法》（第5版），法律出版社2010年版，第251页。

[48] 参见韩世远《合同法总论》（第3版），法律出版社2011年版，第519页。

[49] 详细讨论，请参看本书有关不安抗辩权与预期违约的部分。

[50] 参见崔建远主编《合同法》（第5版），法律出版社2010年版，第249页；韩世远：《合同法总论》（第3版），法律出版社2011年版，第518页。崔建远教授与韩世远教授对合同解除是否限于双务合同的看法不同，故对主要义务的“质”的认定有所差别。

[51] 参见崔建远主编《合同法》（第5版），法律出版社2010年版，第250页；韩世远：《合同法总论》（第3版），法律出版社2011年版，第519页。

[52] 参见崔建远《合同一般法定解除条件探微》，《法律科学》2011年第6期。

[53] 参见王利明《合同法研究（修订版）》（第1卷），中国人民大学出版社2011年版，第177页。

[54] 参见余延满《合同法原论》，武汉大学出版社1999年版，第490页。

[55] 参见马春元《违约方解除权的法理分析和现状评述》，《南都学坛》（人文社会科学学报）2011年第5期。

[56] 参见黄超《试论合同解除权的行使》，《云南法学》2004年第6期。

[57] 参见石银山《违约方主张解除合同如何处置》，《中国审判》2012年总第79期。

[58] 具体类型参见崔建远《合同法》　（第5版），法律出版社2010年版，第247页。

[59] 参见张金海《论双务合同中给付义务的牵连性》，《法律科学》2013年第2期。

[60] 参见刘毅强《附随义务侵害与合同解除问题研究——以德国民法典第324条为参照》，《东方法学》2012年第3期。

[61] 关于三种学说的内容，此处综合了韩世远：《合同法总论》（第3版），法律出版社2011年版，第524页；申海恩：《论解除权效力之法理构成》，《政法论丛》2010年第2期。

[62] 此处综合了韩世远：《合同法总论》（第3版），法律出版社2011年版，第526页；申海恩：《论解除权效力之法理构成》，《政法论丛》2010年第2期。

[63] 参见申海恩《论解除权效力之法理构成》，《政法论丛》2010年4月第2期；卢谌、杜景林：《论合同解除的学理及现代规制——以国际统一法和民族国家为视角》，《法学》2006年第4期。

[64] 参见崔建远《合同法》（第5版），法律出版社2010年版，第259页以下；李永军：《合同法》（第3版），法律出版社2010年版，第352页。

[65] 蔡立东：《论合同解除制度的重构》，《法制与社会发展》2001年第5期。

[66] 参见崔建远《合同法》（第5版），法律出版社2010年版，第259页。

[67] 参见崔建远、吴光荣《我国合同法上解除权的行使规则》，《法律适用》2009年第11期。

[68] 参见崔建远《合同法》（第5版），法律出版社2010年版，第258页；李政辉：《合同法定解除原因研究》，中国检察出版社2006年版，第128页。

[69] 参见韩世远《合同法总论》（第3版），法律出版社2011年版，第534页。

[70] 参见陆青《合同解除效果的意思自治研究——以意大利法为背景的考察》，法律出版社2011年版，第59页以下。

[71] 参见崔建远《解除效果折中说之评论》，《法学研究》2012年第2期。

[72] 参见薛孝东《合同解除的标的新论》，《甘肃政法学院学报》2004年第1期。

[73] 参见韩世远《违约赔偿的定性分析与定量考察》，《人民法院报》2008年2 月21日第5版。

[74] 参见崔建远《解除效果折中说之评论》，《法学研究》2012年第2期。

[75] 参见韩世远《合同法总论》（第3版），法律出版社2011年版，第530页以下。

[76] 参见崔建远《解除权问题的疑问与释答（下篇）》，《政治与法律》2005年第4期；崔建远：《解除效果折中说之评论》，《法学研究》2012年第2期。

[77] 参见宋旭明、邓丽芬《论合同解除后恢复原状请求权的性质——以物权变动模式

的选择为基础的考察》，《河北法学》2006年第10期。

[78] 参见朱广新《合同法总论》，中国人民大学出版社2008年版，第374 页；王利明：《合同法研究（修订版）》（第2卷），中国人民大学出版社2011年版，第324页。

[79] 参见韩世远《合同法总论》（第3版），法律出版社2011年版，第533页。

[80] 参见朱广新《合同法总论》（第2版），中国人民大学出版社2012年版，第529页。

[81] 参见陆青《合同解除效果与违约责任——以请求权基础为视角之检讨》，《北方法学》2012年第6期；类似见解，朱广新：《合同法总论》（第2版），中国人民大学出版社2012年版，第528页。

[82] 参见蔡立东《论合同解除制度的重构》，《法制与社会发展》2001年第5期。

[83] 参见韩世远《合同法总论》（第3版），法律出版社2011年版，第529页以下。

[84] 参见蔡立东《论合同解除制度的重构》，《法制与社会发展》2001年第5期。

[85] 参见韩世远《合同法总论》（第3版），法律出版社2011年版，第529页。

[86] 参见崔建远《解除权问题的疑问与释答（下篇）》，《政治与法律》2005年第4期；崔建远：《解除效果折中说之评论》，《法学研究》2012年第2期。

[87] 参见崔建远《解除效果折中说之评论》，《法学研究》2012年第2期。

[88] 参见韩世远《合同法总论》（第3版），法律出版社2011年版，第531页以下。

[89] 参见崔建远《解除权问题的疑问与释答（下篇）》，《政治与法律》2005年第4期。

[90] 参见韩世远《合同法总论》（第3版），法律出版社2011年版，第534页、第540页。

[91] 参见韩世远《合同法总论》（第3版），法律出版社2011年版，第544页。

[92] 参见王利明《合同法研究（修订版）》（第2卷），中国人民大学出版社2011年版，第324页。

[93] 参见韩世远《合同法总论》（第3版），法律出版社2011年版，第536页以下。

[94] 参见崔建远《解除效果折中说之评论》，《法学研究》2012年第2期。

[95] 参见王利明《合同法研究（修订版）》（第2卷），中国人民大学出版社2011年版，第324页。

[96] 参见卢谌《德国民法专题研究》，法律出版社2008年版，第138页以下。

[97] 参见陆青《合同解除有无溯及力之争有待休矣——以意大利法为视角的再思考》，《河南省政法管理干部学院学报》2010年第3期。

[98] 参见崔建远《解除权问题的疑问与释答（下篇）》，《政治与法律》2005年第4

期。

[99] 崔建远：《解除效果折中说之评论》，《法学研究》2012年第2期。

[100] 参见韩世远《合同法总论》（第3版），法律出版社2011年版，第539页。

[101] 参见崔建远《解除效果折中说之评论》，《法学研究》2012年第2期。

[102] 参见朱广新《合同法总论》（第2版），中国人民大学出版社2012年版，第530页。

[103] 参见张金海《论合同解除与违约损害赔偿的关系》，《华东政法大学学报》2012年第4期。

[104] 参见崔建远《合同法》，北京大学出版社2012年版，第278页。

[105] 参见王利明《合同法研究（修订版）》（第2卷），中国人民大学出版社2011年版，第326页。

[106] 参见何旺翔《德国民法典合同解除法律后果的规定与借鉴意义》，《江苏行政学院学报》2009年第6期；陆青：《合同解除效果与违约责任——以请求权基础为视角之检讨》，《北方法学》2012年第6期。

[107] 参见杨立新《合同责任研究》，《河南省政法管理干部学院学报》2000年第2期。

[108] 参见王利明《合同法研究（修订版）》（第2卷），中国人民大学出版社2011年版，第326页。作者观点有所改变。

[109] 参见陈坚《论我国合同解除后的期待利益保护》，《法律适用》2012年第8期。

[110] 参见李政辉《合同法定解除原因研究》，中国检察出版社2006年版，第128页。

[111] 参见崔建远主编《合同法》（第5版），法律出版社2010年版，第263页。

[112] 参见韩世远《合同法总论》（第3版），法律出版社2011年版，第541页以下。

[113] 参见陆青《合同解除效果与违约责任——以请求权基础为视角之检讨》，《北方法学》2012年第6期。

[114] 参见蔡立东《论合同解除制度的重构》，《法制与社会发展》2001年第5期。

[115] 参见王利明《合同法研究》（第2卷），中国人民大学出版社2003年版，第305页以下；高萍：《合同解除后的损害赔偿问题浅析》，《法学杂志》2006年第1期；李永军：《合同法》（第3版），法律出版社2010年版，第554页。

[116] 参见曾凡昌《解除原因视角下的合同解除损害赔偿范围研究》，《西南政法大学学报》2011年第2期。

[117] 李永军：《合同法》（第3版），法律出版社2010年版，第554页。

[118] 参见张金海《论合同解除与违约损害赔偿的关系》，《华东政法大学学报》2012年第4期。

[119] 参见王利明《合同法研究》（第2卷），中国人民大学出版社2003年版，第701页；张驰：《违约责任条款地位论》，《法学》2004年第12期；崔建远编：《合同法》（第5版），法律出版社2010年版，第351页；

[120] 参见韩世远《合同法总论》（第3版），法律出版社2011年版，第541页。

[121] 参见崔建远《解除权问题的疑问与释答（下篇）》，《政治与法律》2005年第4期；奚晓明主编：《最高人民法院关于买卖合同司法解释理解与适用》，人民法院出版社2012年版，第420页。

[122] 韩世远：《合同法总论》（第3版），法律出版社2011年版，第541页。

[123] 李国慧：《聚焦合同法适用问题，推动民商事司法发展，就〈合同法〉司法实务相关问题访最高人民法院民二庭庭长宋晓明》，《法律适用》2009年第11期。

[124] 如韩世远《合同法总论》（第3版），法律出版社2011年版，第539页注1；陆青：《合同解除效果与违约责任——以请求权基础为视角之检讨》，《北方法学》2012年第6期。

[125] 参见朱广新《合同法总论》（第2版），中国人民大学出版社2012年版，第531页。

[126] 参见崔建远《解除效果折中说之评论》，《法学研究》2012年第2期。

[127] 参见王洪亮《违约金请求权与损害赔偿请求权的关系》，《法学》2013年第5期。

[128] 参见周江洪《合同解除与违约金责任之辨——“桂冠电力与泳臣房产房屋买卖合同纠纷案”》，《华东政法大学学报》2011年第3期。

[129] 参见王利明《合同法新问题研究》，中国社会科学出版社2003年版，第555页；汪张林、杜凯《论合同解除权的行使》，《西南政法大学学报》2005年第1期。

[130] 参见韩世远《合同法总论》（第3版），法律出版社2011年版，第521页。

[131] 参见胡智勇《合同解除权的行使方式》，《法律适用》2006年第1期。

[132] 参见杜晨妍、孙伟良《论合同解除权行使的路径选择》，《当代法学》2012年第3期。类似观点，见杨永清“合同法第九十六条中的‘通知’包括通过法院通知”，《人民司法》2008年第19期。

[133] 参见胡智勇《合同解除权的行使方式：对〈合同法〉第96条第1款的理解与适用》（《法律适用》2006年第1期）一文总结的部分法官的观点。

[134] 崔建远：《合同解除探微》，《江淮论坛》2011年第6期。

[135] 崔建远：《合同解除探微》，《江淮论坛》2011年第6期。

[136] 同上。

[137] 参见王利明《合同法研究（修订版）》（第2卷），中国人民大学出版社2011年版，第319页。

[138] 参见崔建远《解除权问题的疑问与释答（上篇）》，《政治与法律》2005年第3期；崔建远、吴光荣：《我国合同法上解除权的行使规则》，《法律适用》2009年第11期。

[139] 参见李先波、易纯洁《无催告情形下合同解除权的消灭》，《法学杂志》2010年第2期。

[140] 参见王利明《合同法研究（修订版）》（第2卷），中国人民大学出版社2011年版，第319页。

[141] 参见崔建远《解除权问题的疑问与释答》，《政治与法律》2005年第3期；崔建远、吴光荣：《我国合同法上解除权的行使规则》，《法律适用》2009年第11期。

[142] 参见崔建远《解除权问题的疑问与释答（上篇）》，《政治与法律》2005年第3期。

[143] 参见徐纯先《论合同解除权的行使》，《求索》2006年第8期；在最高法院司法解释确认了合同解除异议期限制度后，这种观点也非常流行。参见冯文生主编《〈最高人民法院关于适用中华人民共和国合同法若干问题的解释（二）原理精解〉·案例与适用》，中国法制出版社2009年版，第154页。

[144] 参见张传军《对合同解除异议权的行使应有期限规定》，《人民司法》2000年第6期。

[145] 参见崔建远《解除权问题的疑问与释答（上篇）》，《政治与法律》2005年第3期。类似观点，见汪张林、杜凯《论合同解除权的行使》，《西南政法大学学报》2005年第1期；徐纯先：《论合同解除权的行使》，《求索》2006年第8期；胡智勇：《合同解除权的行使方式：对〈合同法〉第96条第1款的理解与适用》，《法律适用》2006年第Z1期。

[146] 如刘文华《〈合同法〉实用指南》，改革出版社1999年版，第153—154页。

[147] 参见张立锋、邵艳梅《合同法定解除权的行使方式研究》，《河北学刊》2007年第4期。

[148] 参见徐纯先《论合同解除权的行使》，《求索》2006年第8期。最高法院起草的司法解释似乎也受了这种观点的影响。沈德咏、奚晓明主编：《最高人民法院关于合同法司法解释（二）的理解与适用》，人民法院出版社2009年版，第177页。

[149] 参见朱广新《合同法总论》（第2版），中国人民大学出版社2012年版，第524页。

[150] 参见崔建远《论解除权及其行使》，载韩世远、下森定主编《履行障碍法研究》，法律出版社2006年版，第255页。

[151] 参见汪张林、杜凯《论合同解除权的行使》，《西南政法大学学报》2005年第1期。

[152] 参见张卓郁、孙闫《合同解除异议期条款的适用限制》，《人民法院报》2011年11月10日第07版。

[153] 参见沈德咏、奚晓明主编《最高人民法院关于合同法司法解释（二）的理解与适用》，人民法院出版社2009年版，第177页。但从起草者的表述看，解约方被称为“合

同解除权人”或“享有合同解除权的一方”，非解约方则被称为“非解除权人”或“合同非解除权方”。似乎又暗示了只有解除权人通知解约的，才适用该司法解释。

[154] 参见姚宝华《再议合同解除异议期条款的适用——兼与张卓郁、孙闫同志商榷》，《人民法院报》2011年12月22日07版。

[155] 参见汤文平《论合同解除、债权抵销之异议：〈《合同法》解释（二）〉第24条评注》，《东方法学》2011年第2期。

[156] 李国慧：《聚焦合同法适用问题，推动民商事司法发展，就〈合同法〉司法实务相关问题访最高人民法院民二庭庭长宋晓明》，《法律适用》2009年第11期。

[157] 参见汪张林、杜凯《论合同解除权的行使》，《西南政法大学学报》2005年第1期。

[158] 参见崔建远《解除权问题的疑问与释答（上篇）》，《政治与法律》2005年第3期；崔建远、吴光荣：《我国合同法上解除权的行使规则》，《法律适用》2009年第11期；崔建远：《合同解除探微》，《江淮论坛》2011年第6期。

[159] 陈小君、易军：《合同法分则整体式研究》，见梁慧星主编《民商法论丛》第21卷，金桥文化出版公司2001年版，第258页。

[160] 参见魏振瀛《民法学》，北京大学出版社、高等教育出版社2005年版，第447页；易军：《违约责任与风险负担》，《法律科学》2004年第3期。

[161] 参见周江洪《风险负担规则与合同解除》，《法学研究》2010年第1期。

[162] 参见吴春萌《论合同解除与风险转移的关系——以〈联合国国际货物销售合同公约〉为中心》，《南昌大学学报（人文社会科学版）》2011年第4期。

[163] 韩世远：《合同责任的争点与反思（下）》，《人民法院报》2001年6月23日第3版；韩世远：《合同法总论》（第1版），法律出版社2004年版，第595页。

[164] 参见解亘《我国合同拘束力理论的重构》，《法学研究》2011年第2期。

[165] 周江洪：《风险负担规则与合同解除》，《法学研究》2010年第1期。

[166] 参见邓志伟、张平《风险负担规则与合同解除制度的竞合》，《上海政法学院学报》2012年第4期。

[167] 参见解亘《我国合同拘束力理论的重构》，《法学研究》2011年第2期。

[168] 参见韩世远、［日］下森定主编《履行障碍法研究》，法律出版社2006年版，第20页注3。

[169] 参见王洪亮《我国给付不能制度体系之考察》，《法律科学》2007年第5期。

[170] 参见杜景林、卢谌《是死亡还是二次勃兴——〈德国民法典〉新债法中的给付不能制度研究》，《法商研究》2005年第2期。

[171] 参见崔建远《合同一般法定解除条件探微》，《法律科学》2011年第6期。

[172] 崔建远：《合同解除的疑问与释答》，《法学》2005年第9期。

[173] 《合同法》第148条：“因标的物质量不符合质量要求，致使不能实现合同目的的，买受人可以拒绝接受标的物或者解除合同。买受人拒绝接受标的物或者解除合同的，标的物毁损、灭失的风险由出卖人承担。”第149条：“标的物毁损、灭失的风险由买受人承担的，不影响因出卖人履行债务不符合约定，买受人要求其承担违约责任的权利。”

[174] 参见周江洪《风险负担规则与合同解除》，《法学研究》2010年第1期。

[175] 参见邓志伟、张平《风险负担规则与合同解除制度的竞合》，《上海政法学院学报》2012年第4期。

[176] 参见解亘《我国合同拘束力理论的重构》，《法学研究》2011年第2期。

第九章　违约责任（上）

第一节　立法路径与归责原则

一　违约责任的立法路径

违约责任是各国合同法研究的重中之重，也是我国合同法研究的核心内容。《合同法》的违约责任规范在诸多方面改变了我国以往的立法与司法实践，近年来，学界在违约责任研究方面也有重大进展。

《合同法》单设“违约责任”一章，与《民法通则》将“民事责任”独立成章的成例相若。有学者将这种突出“责任”的立法模式，称为“责任法”；将违约责任置于“债的效力”的传统民法立法，称为“权利效力法”。前者强调救济路径，后者突出权利路径。但现行立法并非全然不强调权利效力，如债权人代位权与债权人撤销权。两者可以通过“责任财产”构成联系。在民法解释论上，强调责任法理的同时，也不能忽略权利效力的法理。[1]　对违约责任与违约救济之间的细微差异，有学者指出，前者着眼于违约方和违约行为，后者侧重守约方及其补救手段；前者严格受制于法律责任的质的规定性，后者所受拘束相对较小，合同解除、物权返还请求权等都可作为违约救济的方式。[2]

对《合同法》中“违约责任”的立法路径，有学者概括为：①在规范思想上，侧重于对违约方的强制或威吓；我国民事立法之所以一直以来使用“违约责任”，其根本用意在于强制与威吓债务人，从而担保债权的实现。②在规范范围上，只是对继续履行、赔偿损失、减价等权利予以确认。③在规范设计上，采纳了不以过错为构成要件的“不履行”（“违约”）概念。④在规范模式上，选择了“救济进路”的立法方法：它以赋予非违约方救济权为纲，与以违约形态为核心设计救济方法的德国法明显不同，但《合同法》没有完全采取救济进路的方式。[3]

二　归责原则

（一）传统论证

“归责原则”一直是我国民法学界乐此不疲的主题。凡涉及责任，必先言“归责原则”，因为它具有决定责任构成、抗辩事由甚至赔偿范围的重要意义。“所谓归责原则，就是确定责任归属所必须依据的法律准则。归责原则所要解决的，乃是依据何种事实状态确定责任的归属问题”。[4] 传统大陆民法学多称为“可归责于债务人的事由”。在《合同法》出台之前，学界就对违约责任到底采过错责任还是无过错责任展开了激烈的辩难。[5]

《合同法》第107条规定：“当事人一方不履行合同义务或者履行合同义务不符合约定的，应当承担继续履行、采取补救措施或者赔偿损失等违约责任。”该条文没有出现“过错”一词，权威意见将违约责任的归责原则总结为无过错原则（严格责任原则），以不可抗力作为债务人的法定免责事由。

对采严格责任的影响，有学者总结为四个方面：①违约责任的扩张。《合同法》一方面没有与英美法系对价制度类似的限制违约责任的安全阀，另一方面又抛弃了既有的过错要件之安全阀，在实际效果上即发生了违约责任的扩张。②瑕疵担保责任独特性的丧失。传统大陆法系民法理论中，瑕疵担保责任是特别法定责任和无过错责任，债务不履行责任是过错责任；《合同法》实行严格责任原则，瑕疵担保责任也已违约责任化，被纳入违约责任的范畴。③民事合同的商事化。④违约责任教育功能的削弱。[6] 这可归结为两个主题：一是它对传统民法体系的影响，即它引发的体系改变效应，如对瑕疵担保责任的影响；二是对社会的影响，包括将所有合同商业化和消弭合同法的道德调解与评价功能。

尽管如此，一直有学者认为，《合同法》并未采纳或不应采纳严格责任。其理由大致有三：

一是法解释论。首先，《合同法》第107条“旨在简明扼要地宣示违约的法律后果，而不是为了——也根本不可能——确立各种违约责任形式的适用条件”。[7] 其次，《合同法》分则多处规定了过错责任，如第179—181条、第189条、第222条、第265条、第303条、第374条、第394条、第406条、第425条等。

二是价值判断。主要从过错的功能出发，认为在合同法领域，过错责任原则不会被无过错原则完全取代。原因之一是“分配风险的理念没有全面占据道德伦理统治的领域，区分善恶而决定违约责任的有无，仍然具有合理性和正当性，灿烂星空和道德律令这两个令先哲康德敬畏之物（事）仍未过时。”[8] “合同法是契约自由的领地，在这个领域中实行过错责任原则是极其自然的事情。所以在违约责任归责原

则上，应当是过错责任原则……显然，从逻辑上说，一个法律领域中，不可能同时存在两种截然对立的原则。”总之，无过错责任只适用于四种情形：金钱之债的迟延履行；不能交付种类物；给付的标的物有瑕疵；迟延履行的责任。[9]

三是制度功能，认为严格责任不利于惩罚有过错的行为和实现合同正义。[10] 或认为，《合同法》规定的免责事由范围过小，不能满足严格责任对免责事由相对宽松的要求，故过错责任的解释更为优越。我国司法实践并没有表明过错责任有重大不足，《合同法》采无过错责任显得随意与轻率。[11]

值得注意的是，学界一直有观点认为，《合同法》采取的归责原则为过错推定，其目的是保护交易秩序与减轻对违约方过错的证明困难。[12]

（二）新论证

近年来，在引入国外理论的基础上，学界对违约责任归责原则的论证理由也有所变化。

1.过错责任的新论证

学者近年来引入了法国法上有关结果债务/手段债务的区分。最初是将其运用于对医疗合同的分析，如将医疗合同中的债务称为“手段债务”，认为它不同于交易合同上的“结果债务”，不是以结果论责任，后者则以结果论责任。[13] 还有学者详细阐述了医疗服务合同中的手段债务，认为它是否构成不完全履行，无法从结果上判断，而只能从过程上判断。手段债务的债务人并不保证能达到某种结果，只要尽到一个正常、谨慎的人的注意义务即可。结果债务的债务人不仅要合理谨慎，更重要的是要实现其允诺的结果。此外，手段债务的债权人应举证证明债务人有过错。结果债务的债务人则须举证证明自己没有过错。[14] 或指出，服务合同的违约责任只适用严格责任，难免会出现问题。[15]

鉴于晚近国际合同法文本几乎都承认了这一区分，有学者主张《合同法》可予借鉴：合同法上的违约“损失赔偿”责任的归责事由是多元的，具体应依所违反的义务性质来定：违反手段（方式）债务者承担过错责任，违反结果债务者承担无过错责任，违反担保性义务者承担无过错责任。[16]

2.严格责任的新论证

晚近对严格责任的合理性的论证，主要有如下方面：

一是对比较法的借鉴。德国债法现代化改革后，债务不履行的归责事由——过错原则发生了松动，在当事人明确表示对给付结果负担保责任的情形，改采无过错责任主义。[17] 或从日本的债权构成与合同构成理论出发，认为合同责任与侵权责任不同：侵权责任以加害人的过错为要件，是基于保障人们的行动自由和谴责侵权行为；合同责任的成立则不是因为债务人有过错，而是因为他没有完成自己承接的给付义务。[18]

二是对结果债务与手段债务的反驳。如认为，在大多数服务合同中，归责事由的判断事实与债务不履行的判断事实合二为一。[19] 或指出，在手段债务中，手段本身就是合同的内容，债权人举证证明债务人未采取合理的措施，相当于证明债务人未依债务本旨提供给付，债务不履行的证明对象会与过错的证明对象完全重合。这与结果债务的债权人举证证明给付结果没有实现，在本质上没有什么不同。[20]

三是司法惯性。严格责任已被主流学说和司法实践接受，已经成为新“传统”，在立法论上，除非过错责任有实质性的优越性，否则没有必要支持过错责任。[21]

值得注意的是，晚近有学者主张，归责原则的意义并不大，在法律适用上，过错责任体系与客观责任体系的处理结果几乎是相同的。具体而言，对自始不能、迟延及持续的嗣后不能，两者的适用结果相似；在不良给付（买卖物瑕疵或加工物瑕疵）时，客观归责责任要比过错责任重。“既然在具体履行障碍分配上，结果是差不多的，那么我们为什么还要在采取过错责任还是客观责任的问题上争论呢？我们是如何从过错责任走向客观责任又是如何构建我们的客观责任体系的呢？”由此观之，《合同法》分配履行障碍风险的规则不合理。依据第110条，无论债务人是否有过错都可以排除原给付义务，且第110条没有涉及损害赔偿的免除，故债权人就原给付义务承担风险较大。另一方面，第117条规定的不可抗力又过于严格，且缺乏《联合国国际货物销售合同公约》第80条免于对待给付的规定，债务人对损害赔偿，承担的风险较大。[22]

三　评论

纵观学界对违约责任的讨论，除了价值立场不同外，还涉及如下问题：

1.可归责、过错与无过错

传统民法学将违约责任置于债权中，强调债务人的“可归责

性”（Zu vertreten）。但可归责性与过错（Verschulden）不同，前者指债务人应承担责任（Verantwortlichkeit），这由法律规范或合同约定，如债务人应承担风险负担的，即使没有故意过失，也可归责，可见其范围大于过错；后者则是指故意或过失，行为具有可非难性。也就是说，可归责完全可以包括过错责任与无过错责任。从这个意义上说，违约严格责任并不至于冲击传统的债法框架。

2.过错在违约责任中的意义

依据权威解释，我国违约责任采取的是“过错责任＋免责事由（不可抗力与免责约款）”的规范模式。违约制度的目的都是在债务人与债权人之间，分配非正常履行债或合同时的风险。归责原则不仅包含道德观念，也内蕴了风险分配理念。若将违约责任的免责事由仅限于不可抗力，当事人对通常事变都要承担责任，其合理性只能归结于债务人的运气。可见，无过错责任虽然确保了合同债权人缔约预期与缔约目的的实现，但它是否与民族文化心理、价值观念和对法律的想象完全契合，可能还需进一步讨论。

尽管《合同法》虽然并不要求合同解除、违约责任以违约方的过错为前提，但过错在认定根本违约、违约金的调整等方面，无疑具有重要意义，遑论《合同法》分则中散见的诸多过错责任。整体上看，学者为缓和严格责任的努力是值得肯定的。值得思考的是这样一些新问题：债权构成与违约构成；结果债务与方式债务等。

（1）债权构成与违约构成

在传统大陆法债权总则的架构下，“违约责任”是不可能存在的。因债法总则将债务不履行规定于总则中，各种债务不履行的效力都适用总则。“违约责任”这一概念只可能产生于独立的《合同法》中。违约责任的独立，不仅意味着它与侵权责任有本质差异，而且提出了这样一个疑难问题：各种债务（侵权之债、不当得利、违约责任等）能否适用统一的债务不履行规则？这无疑是未来《民法典》应重点考虑的问题。

（2）结果债务与方式债务

结果债务与方式债务，对缓解无过错责任严苛性，确有帮助。但从逻辑上说，结果与方式的区分也未臻完善，例如，以医疗服务合同为典型的手段之债中，尽管合同并没有约定债务人必须提供特定的工作成果，但若债务人没有按照合理方式服务的，均构成“未依债的本旨履行”，无论有无过错均如此。在违约领域，日本抛弃传统的主观过错说，将过错解释为具体行为的义务违反，即过错是没有履行或者没有适当地履行合同上的义务。[23] 这种过错观念，其实与严格责任

已经没有太大差异。这种革新的形式意义大于实质意义。换句话说，若缓和过错的认定标准，违约责任无论采取何种归责原则，可能都会出现这样的情况：“（德国法上的）给付不能的最终结果与英美法中违约严格责任相比，差别并不像乍一看上去那样大。”[24]

第二节　违约行为

一　“违约行为”与“给付障碍”

（一）“原因进路”与“救济进路”

违约行为违反的是当事人约定的合同义务和法定义务，其种类繁多。因此，成文法如何规定违约行为的样态及其法律效力，颇费思索。

1.模式选择

违约行为的立法模式有三种：①具体区分模式，即规定典型的几种违约形态，如履行不能、履行迟延、瑕疵给付和加害给付，并据此规定不同的救济方式，如意大利民法。②概括模式，即统一用“违约”或“不履行”概念来涵盖各种违约形态，如英美法。③折中模式，如荷兰民法。[25] 或将其概括为两种模式：一是“原因进路”（the cause approach），即分别规定迟延履行、不完全履行或瑕疵履行等具体违约行为及其法律效力；二是“救济进路”（the remedy approach），即以不履行的结果即救济为基础，赋予受害人以损害赔偿请求权和合同解除权等。两者各有优劣，前者更易于被商人接受，但针对不同的不履行形态，分别规定强制履行、解除合同、损害赔偿等具体的救济方式，难免相互重复。后者则避免了重复。[26] 也有学者从德国和国际立法经验出发，认为救济进路仅对给付障碍的客观构成作出一般性描述，能涵盖各种可能的给付障碍表现形态，能“比较理想地满足我们祈求覆盖全部障碍渊源的想法和要求”。[27]

尽管学界大多数赞同《合同法》的“救济进路”，但也有学者认为，法律规定违约形态具有重要意义。《合同法》对根本违约的规定在具体形态上欠周全，部分内容有待完善，如未明确列举拒绝履行、瑕疵履行、部分违约形态，及与其相应的根本违约判定标准。《合同法》第94条第4款“其他违约行为致使不能实现合同目的”的规定缺乏操作性，且未考虑不同形态的个性差异。《合同法》分则的买卖合同、承揽合同等有名合同，虽然规定了瑕疵履行及部分违约场合的根

本违约判定标准，但这些规定显然不能适用于所有的合同类型。此外，默示预期违约根本违约判定标准规定过于简单、抽象，未设置解除合同前要求预期违约方提供履约保证这一前置程序，有悖于合同法鼓励交易的目标，且与《合同法》第68条规定的不安抗辩权制度未能有机衔接。[28]

2.比较法研究

救济进路的代表是英美合同法及受它影响的《联合国国际货物销售合同公约》（1980年，第25条）、《国际商事合同通则》（1994年，第8、101条）、《欧洲合同法原则》（1998年，第7.1.1条）。尽管采用的术语不同，如“义务侵害”和“不履行”，但都以一个统一的基本构成事实为前提设计违约救济。有学者认为，2001年改革之前的《德国民法典》是原因进路的典型代表，而2001年债法改革之后的《德国民法典》及重要国际和区域统一法文件，都采用救济进路。[29]在德国民法改革后，晚近以来，学界对救济进路的讨论热度空前。[30]

众所周知，1900年的《德国民法典》将债务不履行分为履行不能与给付迟延两种。履行不能又分为非常细致的种类，如主观履行不能、客观履行不能、自始履行不能、嗣后履行不能等；“给付迟延”也分为债权人迟延受领与债务人迟延给付，不同类型对应不同的法律后果。两者之上并没有一个上位概念。有学者指出，早在德国民法典刚刚生效之时就有人发现，有一些给付障碍的情形既不属于履行不能，也不属于给付迟延，这一缺陷通过法官法得以弥补，形成了不良给付、附随义务的违反及拒绝履行三种主要类型。[31]

德国债法改革采用了德国法学家施托尔（Heinrich Stoll，1891—1937）1936年提出的概念“履行障碍”（亦译为给付障碍，Leistungsstoerung）这一术语，即是指债务人不依债之本旨履行义务，是对所有合同给付障碍之原因（履行不能、给付迟延、积极违约、缔约过失等）的总括。有学者指出，它并非法律概念，也非法教义学概念，只是法语言学上的惯用法，意为概括给付障碍的所有原因，《德国民法典》首次采用了“义务违反”（Pflichtverletzung）概念，以统一债权人行使损害赔偿请求权的前提，适应现代债法义务扩张的需要。旧《德国民法典》第241条将债务关系的客体限于给付义务，新债法则将债务关系扩大为双方依债的内容，即“承担照顾对方权利、法益和利益的义务”。这不仅丰富了债务的内涵，而且为积极违约和缔约过失归入法典，打开了方便之门。[32]

学界对德国新债法的救济进路作了诸多研究。如认为，德国新法上的“义务违反”，包括了主给付义务、从给付义务、不为给付、履行

不能、不良履行、给付迟延或附随义务的违反。“不论是损害赔偿的请求，或是契约的解除，都必须存在有符合构成要件之义务违反的前提事实，而透过义务违反的强调，也间接定义了债务不履行的概念。”[33] 也有学者意识到德国新法依然保留了传统债法的很多因素，认为德国新法一方面进行了统一构成要件的尝试，在形式上，出现了给付障碍法的统一构成要件，即义务违反，它不仅适用于所有给付障碍类型，也适用于违反保护义务和瑕疵担保责任；另一方面，在实质上，它并没有为所有的违约类型甚至履行不能建立统一的法律规则与效果。此外，德国法不可能使用“违约”概念，因为其给付障碍法体系并不以合同为限，也可以适用于法定债务关系。[34]

尽管“履行障碍”是德国法的概念，但目前我国很多合同法学者采用这一概念，[35] 其对中国合同法研究的影响可见一斑。

学者对德国债法的议论，其要旨是：①在债法总论以“义务违反”作为公因式，概括违反债务的所有类型，包括合同中的约定义务与法定义务；②义务违反产生相同的法律效力，但不同类型的不履行义务的行为，其效力也有细致差别；③立法技术依然是潘德克顿的“总（一般规则）—分（特殊规则）”模式。

（二）《合同法》的立法进路

《合同法》设“违约责任”专章，第107条以下规定了违约责任。违约被界定为“不履行合同义务或履行合同义务不符合约定”。“合同义务”不限于主给付义务及从给付义务，还包括根据诚信原则、合同的性质、目的和交易习惯发生的通知、协助、保密等附随义务。违反这些附随义务时，同样构成违约行为。此外，《合同法》具体规定了强制履行、赔偿损失、违约金等责任方式，总体上属于“救济进路”模式。

诸多学者意识到，我国《合同法》虽然以“救济进路”为主，但也兼顾了“原因进路”。如它明文规定了金钱债务的不履行（第109条）、非金钱债务的不履行（第110条）及瑕疵履行（第111条），这些条文显然具有“原因进路”的特征，可见它采取的是“原因进路”与“救济进路”的混合体系，但重点是“救济进路”。[36] 甚至认为，与德国法及国际协定相比，《合同法》第107条没有真正完成构成要件的统一化。此外，《合同法》第94条结合英国法上的根本违约制度，按照给付障碍的类型及违反义务的类型，规定了不同的法定解除权规则，实质上也放弃了一般构成要件模式。《合同法》采取统一构成要件但不统一法律效果的做法，在体系上并不周延，如第111条并不能适用于所有类型的合同。在请求权的检验顺序上，德国新法引入

形式上的统一构成要件后，损害赔偿请求权（第280条到第284条）以及解除权（第323条到第326条）处于体系核心。检验的出发点是从所追求的法律效果出发，根据请求权目标确定请求权基础，最后才涉及给付障碍类型，如多种履行不能类型都有可能产生替代给付损害赔偿请求权，此时就应区分自始不能与嗣后不能，分析债务人有无过错，分别适用不同规范。《合同法》与此类似，如预期违约适用第108条、第107条、第113条等；履行不能适用第110条、第107条、第113条；履行迟延适用第107条、第113条；如果是质量问题，则要根据第155条、第111条、第112条等；在顺序上，先考察履行不能，再考察履行迟延，最后才是不完全履行。如果请求权的目标是解除权，则就质量问题，可以根据第155条与第111条，就一般给付障碍可以适用第94条以下条文。[37]

德国法的改革在立法论方面也给予我国学者诸多启发。如有学者认为，未来民法典的履行障碍应如此设计：债法总则中的给付障碍法是一级层面，应采取义务侵害的法律效果进路，然后再在二级层面上重现经典的三级体系建构（即不履行、迟延履行和不完全履行）。[38]或认为未来立法应采“法律效果进路”，以“义务违反”和“不履行”作为复合标准。在一级层面上采取“义务违反”和“不履行”的“法律效果进路”，而在债务关系的二级层面上，完全可以建构规制履行不能、迟延给付、加害给付与保护义务侵害的多重体系。“不履行”包括各种形式的瑕疵履行与完全不履行；不可免责的和可免责的不履行。但“不履行”不能直接涵摄不良履行及类似情形，虽可通过法定定义的方法予以消除，但由于保护义务通常只有在受到侵害时才能表现出来，故还需采用“义务违反”概念，因为它可以考虑当事人的过错。[39]

可见，学界对我国法采“救济进路”并无异议，但对最抽象的公因素看法不尽相同，主要集中在“义务违反”与“不履行”两个概念的选择上。有学者明确指出，“义务违反”是从债务人角度入手的，但“不履行/未获清偿”是从债权人角度思考的。在违反主给付义务情形，二者没有差别。但在违反从义务时，义务违反就是判定过错的标准，因为义务违反就是违反注意谨慎义务。[40]

二　违约行为的形态

我国立法既然没有完全采“原因进路”，没有就各种具体违约形态相应规定补救措施，违约形态的意义就大打折扣。尽管如此，“违约形态论的研习，是深入研习违约责任所必需的”。违约形态“是数百年乃至数千年来人类认识不断深化的结晶，是认识违约行为的基础”，

立法技术的侧重点并不能否定违约形态论的存在价值，因为违约形态论“一方面有利于加深我们对违约问题的认识和理解；另一方面，不同的违约形态有着不完全相同的法律效果，成为分析和讨论违约责任的前提”。[41]

对违约形态的分类，学界的表述尽管不同，但实质观点基本相同，基本分为拒绝履行、履行不能、履行迟延、不完全履行。[42] 对拒绝履行，本书已在“预期违约”部分论述，这里仅讨论履行不能与不完全履行。

（一）履行不能

1.比较法上的基础理论

履行不能是德国法学家孟森[43] 1853年在《履行不能》一书提出的概念。他将履行不能作为债务不履行的核心内容，对其进行了无比详尽的分类，并为1896年的《德国民法典》接受。

德国民法典继承罗马法，规定自始客观履行不能的合同无效成为大陆法系影响深远的规则。有学者认为，合同以自始不能的给付为标的，无论是客观不能还是主观不能，都不能妨碍合同的效力。这已为现代学理所公认，目的是保障债权人对维持合同效力所具有的正当利益。[44] 因此，自始履行不能仅排除债权人的实际履行请求权，而不是整个合同归为无效，债务人应赔偿积极利益。但若维持过错原则，让这种合同生效的意义就不大，因为它最终产生的仍然是信赖损害的赔偿。自始客观不能与自始主观不能在目的上并无本质差别，其法律效力应相同。自始不能与嗣后不能在准据时点上存在着偶然性，所以二者的法律效力也应当相同。[45]

履行不能制度是德国新债法改革的重点。德国新民法典第275条基本涵盖了一切种类的履行不能，只是一时不能交由判例和学说去解决。有学者认为，第281条（替代给付的损害赔偿）是核心规定，第283条规定了履行不能的特殊性，仅具有外围和边际的意义。整体上看，履行不能不再是一个独立的给付障碍范畴，而仅是义务侵害的一种从属情形。[46]

2.《合同法》解释论

《合同法》并没有专门的履行不能规则。学界几乎无人主张履行不能导致合同无效。如认为，《合同法》是通过各种制度调整履行不能的：①自始履行不能的，原则上有效，当事人不能履行的，承担违约责任；②自始履行不能的情形，构成欺诈或重大误解的，适用《合同法》第54条，合同可予变更或撤销；③嗣后不能的，原则上承担违

约责任，也可依情形适用情势变更原则。而且，履行不能并非一种独立的违约形态，可以为不履行、迟延履行、不适当履行和其他不完全履行所替代。[47] 或结合我国现行民事立法和司法实践，认为履行不能的效力为：①合同的效力并不因自始不能履行受影响。②一方在缔约时明知合同不能履行，仍签订合同，则以欺诈论。③双方在缔约时均不知合同不能履行，可以构成重大误解。④合同有效，一方当事人不能履行的，如有免责事由，则不承担违约责任，依风险负担规则处理；否则发生违约责任。⑤一方法律上或事实上不能履行，债权人不能请求实际履行，无免责事由的，承担违约责任。[48] 可见，学界对履行不能的效力几乎达成了共识。

3.立法论

（1）履行不能在法律中的地位

鉴于德国法已将履行不能边缘化，有学者指出，履行不能是一种极为罕见的边界情形，现代民法典不应再将其作为给付障碍法的核心，没必要对其进行细致精微的分类，更不应将履行不能的合同简单规定为无效。但履行不能在逻辑上是有必要的，中国民法典在履行请求权的界限问题上，应重视履行不能的逻辑必要性，但在损害赔偿的问题上，应当弱化其地位，将其边缘化。[49]

（2）履行不能的特殊规则

《合同法》对履行不能的规定散见于合同效力、实际履行请求权、合同解除等规范。有学者从立法论角度指出，履行不能规则的体系根据是原给付义务与次给付义务的区分及双务与单务合同的分类。它有三个基本问题：其一，债务人免负原给付义务；其二，承担违约损害赔偿责任基础；其三，债务人对待给付请求权的丧失。除此之外，尚有赔偿移转规则及与风险负担规则、瑕疵担保规则衔接的问题。[50]

《合同法》第94条将“因不可抗力致使不能实现合同目的”、“拒绝履行”及其他场合的履行不能，作为违约解除的法定事由，有学者认为，此时债权人的对待给付并不当然消灭，而需要经过解除，因此存在法律漏洞。此外，我国法没有规定履行不能时的代偿请求权（在履行不能时，债务人因同一原因取得给付标的的代偿利益时，债权人可请求债务人移转其代偿利益的权利），也存在法律漏洞。[51] 但也有学者认为，虽然立法没有规定代偿请求权，在解释上宜承认可以成立。[52]

（二）不完全履行

1.比较法上的基础理论

不完全履行也称不适当履行，是指债务虽为履行，但其履行不符合债的本旨，或违反了诚实信用原则。因它系债务人积极履行造成的损害，故又称积极侵害债权。《合同法》称为“履行合同义务不符合约定”。国内学界通常将其分为瑕疵给付与加害给付。瑕疵给付侵害的是债权人的履行利益，致使该给付本身的价值或效用减少或丧失；加害给付所侵害的是履行利益以外的财产和人身利益。[53] 学者多以《合同法》第122条规定的违约责任与侵权责任的竞合为论据，论证我国承认了加害给付。[54]

我国学界所称的瑕疵给付与加害给付，大致相当于德国法上的“瑕疵损害”与“瑕疵结果损害”。有学者认为，瑕疵损害是指买受人所遭受的、与标的物自身瑕疵直接相关联的损害，除标的物自身发生的减值外，还包括修理费用、停止使用损害和所丧失的利益；瑕疵结果损害则是指买受人其他法益遭受的损害，如因标的物存在瑕疵而受第三人的追诉。它们的区分并非基于过失责任，更多是由体系决定的。德国新债法区分并行性损害赔偿（瑕疵可通过修理等再履行方式被消除时的损害赔偿）和替代性损害赔偿（瑕疵不能通过修理等再履行方式消除时的损害赔偿），故，瑕疵损害和瑕疵结果损害已经丧失了原本的区分功能，只具有“征引作用”。[55]

德国债法改革使积极侵害债权制度这一法官法成文化。它使积极侵害债权“上升为超越一切具体给付障碍形态的一般性的法律原则”，故“从根本上丧失了存在的权利”，法律也没有使用这一术语。此外，积极侵害债权还有一种类型，即拒绝履行或者声明拒绝履行合同，即债务人严肃并最终地表示拒绝履行自己的债务。这是情节特别严重的积极侵害债权，债权人有权立即请求不履行的损害赔偿、或者解除合同，而无须依指定履行期间。但德国也有学者认为，此时适用迟延规定就足以解决。[56]

我国法上的加害给付概念源自德国法上的积极侵害债权与我国台湾地区的不完全给付，与它类似的概念众多。有学者在比较法基础上，将其界定为“债务人有违反合同义务，给债权人造成履行利益以外的人身、财产利益损害并不排除可能同时侵害债权人履行利益的行为”。其强调的重点是债务人主观上有过错。这是因为加害给付是传统侵权法对固有利益的保护向合同法的移转，即将任何人都负有不得侵害他人人身及财产的一般性社会义务延伸至合同关系。但侵权过错与违约过错应有所不同，加害给付中的过错应适用过错推定。其具体类型包括加害瑕疵给付、违反附随义务的给付与其他类型三种。[57]

2.《合同法》解释论

不完全履行可以转化为其他违约行为。有学者指出，违约方没有在宽限期消除瑕疵或另行给付的，可构成迟延履行；不可能消除或另行给付的，构成履行不能。不完全履行应以履行期限届满或以债权人指定的宽限期为准。对瑕疵给付，适用《合同法》第111条；加害给付则适用第122条，由债权人选择适用侵权责任或违约责任。[58]

对《合同法》与《产品责任法》中不完全履行规则的关系，有学者指出，《合同法》第111条中的瑕疵履行为积极侵害债权，仅针对标的物的质量瑕疵；《产品质量法》第41条充当了积极侵害债权中加害给付的规定。我国民法对瑕疵履行和加害给付的规定，与德国债法改革之前的瑕疵损害和瑕疵结果损害类似，不过德国法将它们全部纳入民法典债法体系解决，我国则分别由《产品责任法》和《合同法》调整。[59]

三　评论

违约行为传统上为合同法学研究的重点。传统民法学并不区分法定之债与约定之债，在“债务不履行”范畴下统一讨论各种债务不履行行为。我国《合同法》为单行法，债务不履行行为仅针对违约行为，故其采取救济进路应属当然。兹略谈相关两个问题。

1.“救济进路”成立的前提

“救济进路”成立的前提有二：

一是“违约行为”概念的一般化。要一体规定各种违约行为，必须从各种违约行为中抽象出共同因素作为最大公分母。《合同法》把各种违约行为概括为“不履行合同义务或履行合同义务不符合约定”。在法理上，可以选择的公分母为“不履行”和“义务违反”。相对而言，“不履行”重视客观行为，“义务违反”则既可采客观主义，也可采主观主义。两者实质差异在于，如何看待违约行为的违法性与是否考虑债务人的过错。整体上看，不履行更接近于严格责任，而义务违反则可纳入对过错的考量。

二是违约责任的一般化。为各种违约行为规定统一的法律效力，在采严格责任的立法中更容易实现。即使如此，对各种违约行为均可适用的违约责任方式，最多为损害赔偿而已，实际履行等责任形式还是只能适用于个案中的具体违约行为。违约责任也必然呈现“一般—特殊”的结构。鉴于合同交易实践的复杂化和多样性，完全抽象的、

不考虑具体违约行为的违约责任难免会削足适履。正因为此，《合同法》第111条将只能适用于特殊合同类型与特殊违约行为的修理、更换与重作等作为一般性违约责任方式，在立法技术上就存在问题。

2.救济进路与民法典立法技术

德国债法改革的背景是其民法典设有债法总论。它通过"义务违反"完成了债法的重大突破，这个概念的创设表明潘德克顿体系依然具有强大的生命力，"提取公因式"的立法技术"又一次被德国立法者发挥得淋漓尽致"。[60]　"义务违反"可谓继"法律行为"后民法抽象性的又一高峰。

违约责任的抽象化程度其实是有限的。法律适用者依然不得不首先检视《合同法》分则的具体规定，进而是总则中的一般规定。总则中的违约责任规范其实也区分为一般规范与特殊规范。法律适用者还是必须穿梭于总则与分则之间。实际上，既然《合同法》以救济为中心，本来体现的就是实用主义思路，就未必一定要将救济的重点全部放在总则上，将违约行为与违约责任抽象得山穷水尽，而应针对类型化的违约行为提供救济，才能适应合同的复杂性。

3.违约形态论的意义

在传统大陆法上，法律行为、债务不履行的研究，也主要是对合同尤其是双务合同的研究。在《合同法》框架下，违约责任的研究是独立的领域，法律行为、债务不履行尤其是纷繁芜杂的违约形态的研究意义大为减弱。但是，任何合同法都不可能回避违约行为，不可能完全统一各种违约行为的法律效力；在合同法定解除中，也无法避免对违约行为的认定。因此，我们虽然无须像德国学者传统上那样对履行不能进行不厌其烦的研究，但依然不能放弃对违约形态的研究。

第三节　违约责任与瑕疵担保责任

一　违约责任与瑕疵担保责任

瑕疵担保义务是指，有偿合同中的债务人应担保其给付的标的物权利完整、合法与质量合格。违反这一义务，则承担瑕疵担保责任。瑕疵担保分为物的瑕疵担保与权利的瑕疵担保，前者与违约责任的关系是学界关注的焦点；后者在国内的争议主要涉及物权行为、无权处分等问题。本书仅讨论物的瑕疵担保责任。

《合同法》第111条规定了标的物质量不符合约定时的处理规则，即当事人应当按照约定承担违约责任；没有约定或者约定不明确，依照合同补充规则仍不能确定的，受损害方根据标的的性质以及损失的大小，可以合理选择要求对方承担修理、更换、重作、退货、减少价款或者报酬等违约责任。此外，《合同法》分则中亦有所涉及，如第153条规定，出卖人应当按照约定的质量要求交付标的物。出卖人提供有关标的物质量说明的，交付的标的物应当符合该说明的质量要求。第155条还明确规定了出卖人交付的标的物不符合质量要求的，买受人可以依照第111条要求承担违约责任。[61] 上述标的物"不符合质量要求"的责任规定，到底是独立的瑕疵担保责任还是违约责任，或者同时两者兼具，学界展开了激烈讨论。

（一）《合同法》解释论

在解释论上，学界的观点可概括为瑕疵担保责任与违约责任一元论（统合说）和二元论（相对独立说）两种。

1.一元论

《合同法》颁行后不久，即有学者认为，《合同法》并没有单独规定德国法上的瑕疵担保责任制度。出卖人交付的物有瑕疵时，出卖人应承担一般的违约责任，而非特殊的瑕疵担保责任。《合同法》第153条规定的出卖人对标的物的品质担保义务，是从出卖人应当担负的合同义务来规定的，并不意味着确立了违约责任与瑕疵担保责任二元化的体制。《合同法》总则第111条完全适用于买卖合同的不适当履行。[62]

诸多学者支持这种观点，认为《合同法》奉行无过错责任原则，瑕疵担保也是无过错责任。物的瑕疵也构成违约，瑕疵担保责任就是违约责任的一种类型。而且，《合同法》第111条、第155条直接把传统民法上瑕疵担保责任称为违约责任，因此瑕疵担保责任就是不履行合同债务的违约责任。[63]

坚持一元论的学者还指出，《合同法》对瑕疵履行适用统一的违约责任，主要借鉴了英美法和联合国《国际货物销售合同公约》。一元论的合理性在于：①有利于协调瑕疵担保责任与一般的违约责任的关系，若瑕疵担保责任制度独立存在，容易与违约责任发生冲突。②瑕疵担保责任在《合同法》框架下无独立价值，因《合同法》对违约责任采取严格责任，且违约责任的责任形式涵括了物的瑕疵担保责任的责任形式。③违约责任提供了多种救济手段，有利于强化保护买受人的利益。而德国法上的瑕疵担保责任只限于解除合同和减价，只有在特殊情形才适用损害赔偿请求权。④统一的违约责任不会加重非违

约方的举证负担，因为《合同法》采严格责任，买方无须证明对方的过错。[64]

晚近有学者认为，在我国法上，瑕疵担保责任与违约责任是“实质上的统合”：一方面物的瑕疵就是履行不符合要求，构成违约；另一方面，物的瑕疵作为一种违约，可以引起的违约救济包括违约责任、合同解除。两者统合深层次的原因是《合同法》没有区分特定物与种类物。特定物存在瑕疵的，仍然属于违约，发生违约责任。而且，《合同法》使用了“违约责任”概念，表明它是统一的概念，应当统一解释，而不宜再人为地区分一般意义的违约责任与瑕疵担保责任。“在我国《合同法》上，关于买卖标的物不符合质量要求的法律效果，总体上是适用合同法总则的一般规定，而不是与之有别、另行一套。换言之，传统民法上物的瑕疵担保义务之违反，在我国《合同法》上就是作为合同义务的违反，相应地发生违约责任，除此之外，并不发生其他的特别的法律责任。”总之，二元论“实属叠床架屋，将简单的问题复杂化”。[65]

德国债法的现代化也为学者提供了新的论证思路。有学者从德国债法现代化改革出发，认为《合同法》第111条、第153条、第155条都表明，《合同法》非以瑕疵而系以合约性为法律技术的连接点，加之《合同法》采取了统一各种违约行为法律效力的救济性体系进路，这就在学理、法律技术、体系乃至结构上，决定了《合同法》中瑕疵担保责任制度应统合于债法总则一般给付障碍法。[66]

2.二元论

二元论认为，虽然《合同法》第111条、第155条直接将瑕疵履行及其救济方式称为违约责任，但物的瑕疵担保责任依然是独立或相对独立于违约责任的制度。

传统上，瑕疵担保责任并非基于违约行为产生，而是立法政策为追求当事人双方的均衡所作的特别规定，故不以过错为前提；违约责任则以违约作为构成要件，而且以过错为前提。两者的核心差异非常明显。但《合同法》对违约责任采取严格责任，要论证瑕疵担保责任相对独立有一定的难度。

有学者将物的瑕疵担保责任界定为债务不履行责任，进而认为，在《合同法》上，瑕疵担保责任与一般意义的违约责任相比较，在方式、理念、功能等方面，依然存在实质差异。具体而言：①是否履行瑕疵通知义务。物的瑕疵担保责任以买受人履行通知义务为要件，违约责任则一般无此要求。②期限限制。瑕疵担保责任的产生受到质量异议期间限制，且质量异议期间不同于诉讼时效期间。③救济方式。

物的瑕疵担保责任更关注修理、重作、更换、退货、减少价款或者报酬、解除合同的救济功能，而不强调它们是法律责任，故可纳入解除合同、代物清偿意义上的“退货”；一般意义的违约责任则难以纳入这些方式。④构成要件。物的瑕疵担保责任的成立，要求买受人必须在质量异议期间主张买卖物存在瑕疵，违约责任则无此类要件。由此，一元论（统合说）“使得违约责任内部极不和谐，类似拉郎配，同床异梦，各行其是”，其成立必须大幅度修正违约责任的概念，将违约责任类型化。如必须申明有的违约责任的成立，需要债权人在质量异议期间主张标的物存在瑕疵；并且扩张违约责任的方式，把解除合同、代物清偿等作为违约责任的方式。基于上述理由，关于瑕疵担保责任与违约责任法律适用的方案有二：一是视瑕疵担保责任为特别法，优先于违约责任适用；二是承认瑕疵担保责任与一般的违约责任竞合，买受人可以根据个案情况择一主张。[67]

亦有学者从瑕疵担保的价值角度，论证其独立的意义。瑕疵担保的制度价值在于尽量促成交易成功，同时兼顾买方的利益。《合同法》在将瑕疵担保责任并入违约责任时，并没有考虑到瑕疵担保责任的独立价值，以及它调整前契约责任（比如企业买卖中的企业营业额，债权让与中债权的实现能力等）的功能。在买卖合同上，如果仅用缔约上过失制度解决前契约义务问题，那么就会破坏瑕疵担保制度所维护的买卖双方新的利益平衡，而且无法确定出卖人的披露义务的范围。但是，适用瑕疵担保制度解决这一问题，能保障买卖法中的新价值体系。[68]

针对二元论有关瑕疵通知义务、质量异议期间及特别救济方式的观点，一元论者的回应如下：①检验通知义务。它在不承认独立的物的瑕疵担保责任制度的立法例中也存在，不能仅仅因为这一义务的存在，就认为我国存在相对独立的物的瑕疵担保责任。②通知时间。它在不采独立的物的瑕疵担保责任制度的立法例中同样存在，而且，《合同法》第158条可适用的对象并不局限于标的物质量异议，还包括标的物数量异议。③救济方式。我国法上不存在有别于违约救济的瑕疵担保责任的特殊救济方法，修理、更换、重作、减价均可纳入违约责任。④瑕疵担保责任不可能成为违约责任的特则。因《合同法》第111条是“违约责任”中的条文，而不是“买卖合同”中的条文，即使认定第111条为第107条的特别法而优先适用，它也依然是作为一般规则的“违约责任”，而不是作为特别规则的买卖合同的特则。无论采取请求权竞合说的何种理论，它与违约责任都不可能构成竞合。[69]或认为，《合同法》第158条的通知义务是出卖人免责的条件，而不是瑕疵担保责任的构成条件。因为责任是一方当事人违反义务的结果，责任的构成不可能取决于相对人履行义务与否。相对人不履行义

务与否，只能产生免除责任或减轻责任的问题。[70]

亦有学者认为，货物瑕疵检验和通知义务、货物减价等，都不妨碍瑕疵担保责任与违约责任统合，因为它们的适用都以标的物存在瑕疵为前提条件。买方的通知义务并非真正意义上的法律义务，而系一种对己义务，即不及时履行这种义务，将会丧失请求卖方承担物的瑕疵责任的权利。减价制度也不妨碍将买卖法中的瑕疵担保责任制度统合于违约责任，因为买受人可以解除合同以代替减价权。[71]

3.折中说

这种观点认为，《合同法》建立了统一的违约责任请求权基础，但也注意到了瑕疵担保责任的特殊性。这体现在两个方面：①两者的救济方式不同。如解除合同是传统大陆法系物的瑕疵担保责任的重要方式，我国《合同法》区分违约责任和合同解除，而且第148条规定，因标的物质量不符合质量要求，致使不能实现合同目的的，买受人可以拒绝接受标的物或者解除合同。《合同法》第111条所规定的修理、更换、重作、退货等救济方式，其适用的对象主要为物有瑕疵的情形。②区分物的瑕疵担保责任和权利瑕疵担保责任的救济方式。《合同法》第152条创新性地建立了权利瑕疵担保责任中的不安抗辩权，即买受人有确切证据证明第三人可能就标的物主张权利的，可以中止支付相应的价款，但出卖人提供适当担保的除外。可见，在现行法中，瑕疵担保责任不可能为违约责任完全统一。[72]

（二）立法论

《合同法》第111条规定债权人可以“合理选择要求对方承担修理、更换、重作、退货、减少价款或者报酬等违约责任”。从体系上看，修理、更换等明显被作为一般违约责任方式处理。

鉴于修理、更换等违约责任方式并不能适用于所有违约行为，这种立法例也受到一些批评。如认为，《合同法》第111条将减价作为一般性的法律规则置于总则“并不妥适”。因它不构成适用于全部合同债务关系的一般性法律救济，而是更多地适用于买卖、承揽、租赁和旅游的一种法律制度。[73] 或建议让第111条回归到买卖合同中，并具体规定特别解除权、减价权以及补救履行权的适用条件，没有必要为了体现抽象能力而作类型相加的简单工作。“107条只指向损害赔偿即可，第111条从总则中回归到买卖合同与承揽合同中，并具体规定特别解除权、减价权以及补救履行权的适用条件，以实现‘同样情况同样处理、不同情况不同处理’的基本法律正义观。”[74]

还有学者认为，在债法总则—分则的立法体例中，若瑕疵担保责任被纳入“一般给付障碍”，其规范就会出现效力层次之分。在立法技

术上，现代买卖法瑕疵担保责任制度应设置一个法律原因引用规范，列举买受人可能享有的三类瑕疵权利：一类是引用债法总则一般给付障碍法中的债权人权利，包括合同解除、损害赔偿或偿还已支出的费用；一类是买卖法中对合同解除和损害赔偿规则的修正性规则；一类是买卖法特则，包括再履行和减价。买受人这些权利之间一方面存在位阶关系，即再履行具有优先地位；另一方面存在竞合关系。[75] 至于债法总则与买卖合同如何协调，有学者指出，瑕疵担保责任统合于一般给付障碍法，应限于客观方面，即出卖人交付瑕疵标的物构成义务违反或债务不履行；主观问题应从法律效果方面考虑：非归责性的法律效果主要表现为再履行（修复和再交付）、解除及减价；归责性的法律效果主要表现为损害赔偿和费用偿还。即瑕疵担保责任被统合到一般给付障碍法的认定系属客观性质的判断，仅在适用法律效果方面存在主观可责性的考量空间。[76]

二　瑕疵担保责任与缔约过失责任

（一）竞合情形

传统上认为，瑕疵担保责任制度并不涉及违反附随义务和前合同义务问题，它与缔约过失责任的区别非常明显。但是，正如有学者指出，市场交易中存在的信息不对称会导致逆向选择与道德风险等问题，法律课以信息优势方以附随义务对其进行矫正与替代，要求全面、真实地披露与交易有关的充分的信息。[77] 恰当的信息披露义务也是先合同义务的一部分。故，晚近以来，学者指出两者可能发生竞合。

第一个连接点是“质量瑕疵”。有学者指出，若对质量做扩张解释，不完全履行与瑕疵担保责任的竞合就不可避免。保留物的瑕疵担保责任制度，使用“瑕疵”概念，可以使前合同义务、附随义务等具体化并有了根据，如果不用“瑕疵”概念，而只适用不完全履行的义务违反规则，在很多情况下买受人都无法获得救济。[78]

第二个连接点是告知与瑕疵的关系。在买卖合同中，当告知的事项与标的物或价款直接相关时，是否履行告知义务就会直接影响瑕疵责任的成立，从而影响买卖合同关系中出卖人的主给付义务的履行，产生缔约过失责任与瑕疵责任竞合。[79] 亦有学者认为，出卖人侵害先合同义务的行为不涉及标的物瑕疵的，不存在瑕疵担保责任与缔约过失的竞合。在出卖人侵害先合同义务的行为涉及标的物瑕疵时，两者发生竞合。[80]

扩张瑕疵的概念，或将瑕疵与告知联系起来的观点，在实践中可有效解决“凶宅”买卖问题。这也是二元论主张保留瑕疵担保责任的理由之一。如认为，违反附随义务一般不存在与瑕疵担保责任竞合的问题，但质量瑕疵与附随义务的违反常常交织在一起，尤其扩大解释“质量”时，不完全履行与瑕疵担保责任的竞合问题就不可避免。通过“瑕疵”概念，可以解决附随义务的问题，如凶宅的买卖，在租赁房屋中自杀等。[81] 或认为，对“凶宅”买卖合同，买方可选择主张撤销合同和寻求合同救济。“凶宅”可认定为房屋的品质瑕疵，出卖人交付有瑕疵的标的物，即构成违约。[82] 也有法官指出，若买房人不想退房，只希望减少价款的，适用缔约过失责任对买方不利。此时完全可扩大解释“瑕疵”，使卖方承担违约责任（瑕疵担保责任），买方可请求减价。[83]

一元论对“凶宅”问题的回应是：“凶宅”似可作为一种瑕疵，也仍然是一种违约，不存在也不成立独立的物的瑕疵担保责任。此外可以考虑适用情势变更原则。[84]

（二）法律适用

在瑕疵担保与缔约过失发生竞合时，学者多主张区分情形适用。如认为瑕疵担保责任规则作为特别法，应当优先适用。但在出卖人具有故意或者恶意时，法律不应特别保护出卖人，应适用缔约过失责任。[85]

瑕疵担保责任与缔约过失责任的竞合主要见于买卖合同。有学者分析了其具体适用规则：①有体物的买卖。其一，瑕疵责任优先适用的情形。因为买卖法是在长期交易中确立下来的制度，其救济方式除了损害赔偿外，还包括修理、重作、更换等其他责任方式，能提供更准确、更恰当的解决方案，因此，《合同法》第148、155条具有优先于第42条第2、3款的效力。其二，以风险转移时间作为确定规则选择的基准。一旦受领了标的物，就应根据瑕疵责任规则来寻求救济。②非有体物的买卖。其一，合同约定优先。若当事人明确约定，出卖人交付了违反该约定的标的就构成瑕疵，应优先适用瑕疵责任制度，不适用缔约过失责任。其二，适用缔约过失责任制度的情形。若买卖的标的物质量缺乏统一标准，当事人又无明确约定时，缔约过失责任中的欺诈和告知义务规则可以用来处理关于标的物品质的争议。[86]

三　评论

瑕疵担保责任是起源于罗马法的重要制度，历经多年积淀已非常

成熟。《合同法》颁行后，学界对其在解释论与立法论上的存废之争，确为重要的学术论战。

1.瑕疵担保责任制度与社会变迁

瑕疵担保的产生，源于罗马法上对合同标的与合同标的物的区分。其逻辑是：出卖人只要交付了标的物并移转了所有权的，就构成合同履行，无论标的物质量如何，卖方都不构成违约。在物质不丰盛的年代，交易对象主要为不动产和特定动产。不动产当然具有特定性，在大规模生产尚未成形时，动产的个体性也相当突出，买方往往在查看标的物之后才订立合同，故“买主当心”规则有其合理性。它可谓契约自由的极致，甚至完全契合古典自由主义的交易观念：只要当事人是自愿交易的，合同就有效；卖方按照标的物原状交付并移转所有权的，就构成合同履行。但因卖方对标的物信息资源的掌握远超过买方，若在任何情形都让买方承担瑕疵，不按质论价，有违基本的公正观念，尤其是在经过中世纪的神学熏陶后。瑕疵担保责任就是等价有偿观念介入买卖合同的结果，它不过是要求标的物与价金大致相当而已，其实质功能是使买方与卖方对标的物的信息大致相同，以尽可能消除卖方订约时隐瞒标的物的瑕疵，激励卖方告知更多信息。

现代法也并非不强调按质论价。不过，现代合同法中的价值是主观价值，是否按质论价并没有客观标准，卖方是否承担瑕疵担保责任，较中古时期更为复杂。依违约责任还是瑕疵担保责任来处理瑕疵，首先要确定何时构成法律上的瑕疵。

2.瑕疵担保责任的性质与我国的一元论、二元论之争

瑕疵担保责任传统上被界定为法定责任说（担保说），新说主张债务不履行说。两说的实质差异是：后者将标的物扩大到所有标的物，不再限于特定物。[87]　详言之：其一，依法定责任说，债务人并不承担交付无瑕疵标的物的义务，标的物交付后就构成债务履行，只是应承担法定责任；而依债务不履行说，债务人承担交付无瑕疵标的物的义务，否则构成债务不履行。其二，依法定责任说，瑕疵担保与不完全履行的请求权基础不同，两者可以并存；依债务不履行说，瑕疵担保则为不完全履行的一种类型，两者不可能并存。

其实，这两种学说很难称为对立。理由是：其一，法定责任说的前提是双方对特定物的质量没有约定，卖方承担交付质量与价金达成均衡的标的物之义务（如《德国民法典》第434条第1款所谓“买受人可以期待的标的物性质”）；债务不履行说则不限制标的物的种类，两者讨论的对象明显不同。其二，法定责任说的前提是买方不承担交付无瑕疵标的物的合同义务，但承担法定的同种义务；依债务履行

说，若买卖合同约定了标的物质量的，卖方自然应履行相应的债务；没有约定的，其违反的也只能是法定义务。以英美法为例，它尽管没有“瑕疵担保责任”的提法，但其对合同条款所作的“条件”与“担保”的区分，名为对当事人意志的拟制，其实质还是对卖方课加的法定义务。而违反法定义务与违反约定义务都构成债务不履行。

在一元论和二元论之争中，法定责任说与债务不履行说也是争议的焦点之一。相对而言，债务不履行说更接近一元论：其一，按债务不履行说的逻辑，若质量存在瑕疵（无论种类物还是特定物）且无法补正的，都可转化为履行不能这种违约形态，即“质的履行不能”，从而与违约责任发生关联。其二，依债务不履行说，瑕疵担保责任不再是与违约责任并列的规则，而是债务不履行的特别规则。需要指出的是，无论是何种标的物，若当事人约定了其质量的，当然卖方不再承担瑕疵担保责任了，违反它都应适用违约责任。

3.违约责任能否完全取代瑕疵担保责任

（1）《合同法》中的违约责任是否实质性地统合了瑕疵担保责任？

判断瑕疵担保责任与违约责任，关键问题是对修理、更换等补救履行权的认识。

从《合同法》体系看，支持的一元论的论据有：

其一，《合同法》对违约责任采严格责任，与瑕疵担保责任的归责原则相同；此外，违约行为的其他救济方式，如履行抗辩权、合同解除等，也强化了对买方的保护。

其二，《合同法》第155条和第111条等条文直接用“违约责任”而非“瑕疵担保责任”处理质量不符合约定的责任。

其三，《合同法》有关标的物质量的条文和不完全履行的条文，并没有区分种类物与特定物。

其四，《合同法》中的违约行为以违反义务为基础，违反瑕疵担保义务可视为不完全履行，与传统德国法仅规定履行不能与迟延履行明显不同。

支持二元论的证据则有：

其一，《合同法》第111条规定的修理、重作、更换、退货等救济方式，难以为违约责任的概念包容。我国学界历来将违约责任理解为合同义务的转化，是第二性义务，故违约责任为债权请求权，因此，作为形成权的减价，无论作为代物清偿意义上的“退货”，还是作

为履行拒绝权的“退货”，都难以纳入违约责任。[88]

其二，《合同法》关于买卖合同中买方的瑕疵通知与质量异议定性。无论是否承认独立的瑕疵担保制度，只要规定了质量异议制度，则买方承担责任的构成要件与违约责任终究有区别。依据立法成例解释或将异议界定为“不真正义务”，似都难从根本解决问题。

修理、更换、重作与减价是瑕疵担保责任能否独立的关键。若将它们都解释为请求权，纳入违约责任中问题不大，如此，它们无非是相对于损害赔偿等一般违约责任方式的特殊违约责任方式。《合同法》既然将违约解除与违约责任并列为违约救济方式之一，即使将更换视为合同解除、减价视为部分解除，也并不违反《合同法》体系。真正成问题的是质量瑕疵的通知与异议制度。极端说来，违约责任制度要统合瑕疵担保责任，必然要废除这一制度。值得思考的是，异议制度的意义何在？国内买卖交易是否也必须规定？瑕疵担保责任虽以买卖合同为原型，但涉及标的物交付义务的双务合同，应都有适用空间，但唯有对买卖合同，《合同法》规定了质量瑕疵通知与异议制度。若必须规定，则只能将异议制度的效力解释为：瑕疵担保请求权及其他债务不履行请求权，应一并丧失。在合同实践中，质量异议期（《合同法》上的“质量异议”包括数量异议）经过后，买方也丧失了其他救济权。但是，这样的“特则”本身就是违约责任的一个例外。

《合同法》要用违约责任实质统合瑕疵担保责任，还有一个问题需要澄清：它规定的“质量问题”与传统法上的瑕疵是否等同。《合同法》上的质量瑕疵包括法定瑕疵与约定瑕疵，相当于传统民法上的主观瑕疵与客观瑕疵。如当事人没有约定标的物质量或约定不明的，《合同法》第61—62条、第154条作了专门规定；第169条还规定了样品买卖中的隐蔽瑕疵。①无论瑕疵成立于何时，只要交付时有瑕疵，卖方均应承担违约责任。②传统上，瑕疵担保责任又分为价值瑕疵担保、效用瑕疵担保和品质瑕疵担保三种。《合同法》并没有规定“价值瑕疵”，因此唯一成问题的是，它能否纳入全部“价值瑕疵”？效用、品质与价值三者通常是一致的，但对特殊物，如“事故车”与“凶宅”等，其效用与品质都不存在瑕疵，但其交易价值却会贬损。此时，只能对《合同法》上的“质量”作扩张解释，以纳入价值瑕疵。这并不违反立法政策。就此而言，因违反缔约披露义务、违反附随义务造成的质量问题，都可作为瑕疵，由卖方承担责任。至于是违约责任还是瑕疵担保责任，属于立法者选择的内容。

（2）一元论是否值得追求

确切地说，传统瑕疵担保责任制度并非完全是为了保护买方的利

益，而是双方利益的平衡。如传统瑕疵担保责任的一项重要规则：买受人明知或因重大过失不知标的物有瑕疵的，出卖人不承担责任，但出卖人特别保证不存在瑕疵或故意不告知瑕疵时例外。其目的无非在于使小商人免于承担过大风险。若一概适用无过错违约责任，显然无法对合同双方作如此精细的利益平衡。最高人民法院《买卖合同司法解释》第33条规定："买受人在缔约时知道或者应当知道标的物质量存在瑕疵，主张出卖人承担瑕疵担保责任的，人民法院不予支持，但买受人在缔约时不知道该瑕疵会导致标的物的基本效用显著降低的除外。"它以"司法造法"的方式突破了《合同法》，或应促使学界进一步思考。

第四节　实际履行

一　实际履行的界定

（一）实际履行与债权的效力

实际履行又称强制履行、实物履行。在计划经济年代，我国民法一直将其作为合同履行的基本原则，但《合同法》并未将它上升到如此高度，只是将它作为违约责任的一种基本形式，其第109—110条分别规定了金钱债务与非金钱债务的实际履行。有学者将其原因概括为：合同法为私法，合同利益直接体现为私法上的利益，在其他责任方式可以实现这些利益时，就不应将实际履行作为一项履行原则。[89]

在合同中，债权人的履行请求权和债务人的给付义务同时随债务关系产生。合同债权作为一种请求权，债权人本身有请求债务人给付的权利，即履行请求权。可见，实际履行作为违约责任形式，遇到的第一个问题是它与债权请求权的关系。

从概念层次上看，履行请求权与强制履行可以视为同一问题的不同层面：自债权人角度而言，是履行请求权；自债务人角度来看，则为强制履行责任。[90]　对两者的关联，有学者进一步指出，债权人的履行请求权包括两个方面：一是任意履行请求权，即债权人任意请求债务人履行的权利；二是履行诉求权，即债权人请求法院强制债务人履行的权利。实际履行请求权本质上是履行请求权的一部分，其构成并不以违约为前提，只要存在有效合同即可。履行是否可能，亦非前提问题，而属于抗辩权范畴。虽然强制履行请求权在性质上属于债的效力，但亦具有权利救济的效果。[91]

依日本学界提出的债权构成与合同构成理论，实际履行请求权在两种构成模式中也有本质差异。依债权构成，当给付因应归责于债务人的原因陷入履行不能时，履行请求权便转型为损害赔偿请求权，债权与债务本身维持同一性，故履行请求权与损害赔偿请求权不能并存。履行请求权本身作为债权的内容，自然优先于损害赔偿等救济手段。而且，履行请求权的范围是无限的，除非受诚实信用、权利滥用的限制。而在合同构成中，履行请求权与损害赔偿请求权同为合同债权的救济手段，并不具有优先于其他救济手段的特权，可以与后者并存，由债权人选择。履行请求权的范围也不再是无限的，需要通过契约内容来把握。[92]

值得思考的是，在我国《合同法》上，实际履行请求权是否为债权的效力？若将实际履行作为债权请求权的效力，则实际履行自然应当优先。故有学者认为，《合同法》确立了实际履行（强制履行）的优越地位，因为只有当债务陷入履行不能时，原给付义务才归于消灭，因此损害赔偿义务为“次给付义务”。[93] 《合同法》既然采取了救济进路，履行请求权应不再只是债权的效力，而是与损害赔偿、合同解除并列的违约救济方式。这种定位的最大意义在于，履行请求权不再是依据债权效力必须首先要适用的方式。

（二）实际履行与补救措施

1.《合同法》的解释论

《合同法》第111条对不完全履行规定了修理、更换、重作、退货、减少价款或报酬等违约责任，受损害方根据标的的性质以及损失的大小作出合理的选择。第112条还规定，当事人一方不履行合同义务或者履行合同义务不符合约定的，在履行义务或者采取补救措施后，对方还有其他损失的，应当赔偿损失。此外，《合同法》分则（如第155条等）也作了更具体的规范。修理、更换、重作在我国统称为“采取补救措施”，德国法上则称为再履行请求权。它们是合同履行请求权的延伸和继续，其费用由出卖人承担，履行地点为标的物的现实所在地。[94]

学界多认为，修理、更换、重作是实际履行的特殊形式，也受《合同法》第110条对履行请求权所作的限制。[95] 如在瑕疵履行时，债权人应在发现瑕疵履行后的合理期限内通知债务人，否则将丧失救济权。[96] 反对意见则指出，补救措施是独立的责任形式。其中，修理又称为消除缺陷，更换、重作又称另行给付，都指一方不按合同质量要求履行义务的，非违约方在不解除合同时请求违约方继续履行合同义务，从而实现订约目的。修理、重作、更换虽然可以实现实际履

行的功能，不过，因为《合同法》已将这些措施作为补救方式对待，故与实际履行有一定区别。[97]

修理、更换、重作是否应先于其他责任方式适用，是《合同法》第111条适用的最大难题。对此，学者见解不一。

选择说认为，《合同法》上的违约责任方式是并列关系，债权人可以选择行使。[98] 明显否认了再履行请求权的优先性。

折中说认为，《合同法》并列地规定了强制履行、赔偿损失、违约金等责任方式。在它们之间，尚不能以法律规定的先后次序而认为有适用上的先后次序，而是需要根据个案确定其适用次序。[99]

优先说主要是从德国法角度立论。该说认为，再履行请求权是顺位在先的请求权，只有在重新履行不可能，或者在催告后出卖人有过错不履行时，才可以请求其他法律救济措施，如解除合同、减价或者损害赔偿。[100] 详言之，《合同法》第111条相当于德国新债法第437条和第634条，赋予了债权人再履行请求权、解除权和减价权。在买卖合同和承揽合同中，德国法上的后续履行请求权，包括除去瑕疵和请求交付无瑕疵之物或重新制作工作物两种，《合同法》中的“修理”相当于前者，更换、重作相当于后者，退货则相当于解除。在德国新债法中，减价权、解除权与损害赔偿请求权都属于次位的救济方式，仅于出卖人在买受人指定的期限届满之后没有履行时才能行使。《合同法》第111条并没有明确体现这一内容，但结合第110条第3项和第112条，应作类似解释。而且，第112条规定的损害赔偿指的是“其他损失”，类似于德国新债法第280条第1款规定的“简单损害赔偿”或“小损害赔偿”（即与实际履行并行的损害赔偿）。[101] 其理由是，获得瑕疵物的买受人的主要利益不在于解除合同或者降低价金，而在于获得无瑕疵的物，债务人可以通过修复瑕疵或者重新交付同类物来实现买受人的利益。[102]

2.《合同法》的立法论

有学者指出，《合同法》将所有救济方式规定在第111条、第107条，当事人可以“合理”要求适用何种救济方式。这种“救济方式的非法定化，在实质上扩大了法官的自由裁量权，有可能破坏法律的预期性功能”。[103] 另一方面，若买受人应对标的物的瑕疵负全部责任，或者应负主要责任的，则应排除买受人的再履行请求权。《合同法》没作明文，“是为缺憾和不足”。[104]

二　实际履行的适用

（一）适用的条件

《合同法》第110条规定了非金钱债务实际履行的条件，即除下列情形，其他非金钱债务都可以请求实际履行：①法律上或者事实上不能履行；②债务的标的不适于强制履行或者履行费用过高；③债权人在合理期限内未要求履行。学界在此方面讨论的问题主要有："债务的标的不适于强制履行或者履行费用过高"；"债权人在合理期限内未要求履行"；不能实际履行的"其他情形"等。

1.债务的标的不适于强制履行或者履行费用过高

对"债务的标的不适于强制履行"的情形，有学者概括为两种：一是不作为债务。二是具有个性化特征的工作或服务债务。[105] 或主张还应包括很难监督履行的情形。如提供个人劳务的契约，很难确定这类契约义务已经履行而且履行符合合同约定，而且强制个人劳务也将对人身自由构成一定限制。[106]

至于"履行费用过高"，有学者建议可以从两个方面考虑：一是继续履行在经济上不具有合理性，会造成一定的损失和浪费。二是如果履行时间过长，也不适合实际履行。[107] 或认为"履行费用过高"应作扩张解释，费用应包括违约方因实际履行而付出的机会成本。违约方的履约成本超过合同双方基于合同所能获得的利益时，应当认为履行成本过高。[108]

2.债权人在合理期限内未要求履行

《合同法》并没规定"要求"履行的方式，有学者指出，它可表现为多种形式，如债权人直接请求债务人履行、通过诉讼或仲裁请求债务人继续履行；在诉讼或仲裁中就继续履行提起反诉或反请求；债权人就债务人继续履行请求没有相反的意思表示；双方就继续履行事项进行协商；债务人交付了部分货物的，等等。此外，"合理期限"不是诉讼时效期间，也不是除斥期间，而是失权期间。失权期间届满时，债权人未请求债务人继续履行，便丧失了请求债务人继续履行的权利，只能改为请求支付违约金或赔偿损失等。[109] 但也有学者认为，它似乎是对强制履行请求权的"除斥期间"的规定，即在这一期限经过后，不能再要求债务人强制履行。它和德国新债法第281条第1款规定的指定期间有所不同。[110]

3.其他情形

除《合同法》明文规定的不适用强制履行的情形外，有学者认为还有其他不能实际履行的情形，包括：①法律明文规定不适用强制履行的场合，如货运合同中的承运人对运输过程中货物的毁损、灭失承

担损害赔偿责任（《合同法》第311条前段），而不负强制履行责任；②因不可归责于当事人双方的原因致使合同履行实在困难，实际履行显失公平的，如适用情势变更原则的场合往往不成立强制履行；③对方可以合理地从其他渠道获得替代履行。[111]

也有学者介绍了德国新债法中的债务人拒绝履行权规则（《德国民法典》第275条）。在如下情形，债务人可以拒绝给付：给付对债务人或任何人都构成不能的；履行给付需要支出的费用与债权人的给付利益严重不成比例的。它们可概括为两种：给付不能与不可苛求性债务人的（包括经济上的不可苛求和人身上的不可苛求）。前者适用抗辩（权利人无须主张），后者则是适用抗辩权（权利人必须主张）。[112] 或认为，“法律上不能”与“事实上不能”是强制履行的排除事由，是无须主张的抗辩事由；“经济上不能”与“人身上不能”则为需主张的抗辩事由。此外，在强制履行的排除事由上，存在考虑合同具体因素的趋势，例如，考虑债权人是否积极行使履行请求权，是否可以通过其他交易予以替代。[113]

（二）实际履行与损害赔偿

强制履行和赔偿损失作为两种不同的违约责任的方式，能否并用或相互替代，是法律适用中的重大问题，学界的看法有所不同。

多数学者认为，两者是否可以并用，取决于特定情形，因为赔偿损失有“填补赔偿”和“迟延赔偿”两种类型。前者具有替代实际履行的功能或目的，故与强制履行不能并存。后者意在使受害人免受因迟延而实际遭受的损失如利息损失，并不具有替代实际履行的功能，与强制履行可并行不悖。[114]

赔偿损失能否替代履行？否定说认为，《合同法》第107条允许债权人就两种补救措施之间作出选择，但它们不能相互替代。实际履行所具有的特殊功能在于实现合同目的、维护合同纪律，只有通过它才能使债权人获得原合同约定的标的，并防止违约当事人通过违约而从事投机行为，获得不正当利益。其次，从举证责任上来看，受害人采用实际履行的补救方式，可不必承担对违约损失的举证责任。最后，并不是在任何情形，债权人都可以在市场上获得合同约定的标的物。[115] 肯定说则认为，当受害人所取得的履行利益仅仅是客观的经济利益时，它可被损害赔偿取代。《合同法》对实际履行采取的是限制性的立法政策，违约责任的目的在于补偿因违约造成的损害，维护商品交易的秩序。只有在金钱赔偿不足以救济受害人时，才例外地允许适用实际履行。[116] 或认为债权人可以选择强制履行，也可以选择解除合同或者损害赔偿，并没有被限定一定先向债务人请求强制履

行，才可以请求次位请求权的保护。[117]

实际履行与损害赔偿能否相互替代，涉及合同法经济分析的一个重要问题，即在产品与服务逐渐规模化、标准化的现代社会，损害赔偿是否足以救济债权人？与此相关的是合同法的道德功能，即合同严守原则是否在任何时候都值得期待和追求？这些问题都集中在如何评价“效率违约”理念。

三　实际履行与效率违约

（一）效率违约的界定及其基础

效率违约（theory of efficient breach）又称有效违约，其权威定义是：合同一方当事人在违约的收益超出自己履约的预期收益时，选择主动违约的理性行为。[118]

效率违约是经济分析法学派的经典理论之一。它为我国学界关注，源于对美国法经济学的译介。[119]　有学者认为，效率违约是规则、原则与精神三项复合元素的制度体系。普通法是追求效率的，也是效率违约的制度来源。此外，法律与道德的分离是效率违约理论的基础条件；契约选择是效率违约的正当性依据，任何人都有订立合同的自由，也有选择违反合同的自由；社会福利最大化是效率违约的价值取向。效率违约的适用前提为：违约的社会总收益大于履约的社会总成本，或违约的社会总成本小于履约的社会总成本。在法律理念层面，效率违约的出发点是：如果损害不可避免，要做的就不是禁止损害，而是如何避免较严重的损害；如果损害可以被弥补，并实现帕累托最优或满足卡尔多—希克斯标准，这种损害就是合法的。[120]　还有学者介绍了它的理论渊源。效率违约理论源于霍姆斯法官的契约选择理论，波斯纳法官在此基础上创造出效率违约理论。其核心思想是：在违约方因违约所获得的收益或者所避免的损失超过守约方的损失时，应当允许违约方以赔偿损失替代实际履行。允许违约方选择的前提有二：一是赔偿损失具有与实际履行相当的救济效果。二是赔偿损失是有限度的，一般仅限于对期待利益的赔偿。若将违约方所获得的全部利益赔偿给守约方，就不存在效率违约。[121]

还有学者通过比较美国与大陆法的合同法制度，阐释效率违约何以在两大法系面临不同的评价：①美国法以损害赔偿为违约的基本救济方式，法、德两国则将实际履行作为首要的违约责任形式；②美国法对违约损害赔偿适用可预见性规则，法国、德国的可预见性规则不如美国彻底，德国法实际上还剥夺了违约方从故意违约中获利的可能

性；③美国法规定违约相对方承担减轻损失义务，并以相对方知道违约时作为计算违约损失的时间标准，有利于降低违约的成本；法国法与德国法则要么缺少减损规则，要么采用不同的损失计算时间与计算方法，令违约方难以精准地预计赔偿的数额；④法国法对第三人施加的责任最为宽泛，最不利于效率违约的产生；德国法与美国法对第三人责任的认定更为严格，有助于产生效率违约；⑤美国原、被告分别承担自己的律师费用，对效率违约起到明显的激励作用；法、德奉行“败诉方埋单”原则，会导致违约成本明显上升，对效率违约具有遏制作用。[122]

（二）效率违约的价值

学界对效率违约的评价迥异。大致说来，民法学者支持的不多，但亦有学者明确赞同或者有限度赞同效率违约理论，[123] 甚至认为，《合同法》第110条规定了或至少体现了效率违约的精神。[124]

批评的理由主要集中在如下两个方面：

1.效率违约适用的前提并不存在

一种有影响的观点认为，效率违约的适用有两个前提：一是履行利益可以精确确定；二是合同标的物能被替代。但这些前提难以满足：其一，履行利益常常难以精确认定，因为标的物的市场客观价值与当事人的主观价值不一定相符。其二，合同标的物有时不具有可替代性。其三，违约并不一定是实现资源有效率分配的方式，实际履行完全可以实现经济价值的最大化。[125] 或认为效率违约理论的条件有三：实际履行与损害赔偿的等价性；违约的通常救济方式是损害赔偿；违约方拥有对被违约人的充分信息。但这些条件是不现实的，因为实际履行与损害赔偿有现实差异，完全赔偿合同损害几乎是不可能实现的；违约方不可能掌握全部信息，无法根据标的的价值进行效率评估。[126]

效率违约的基本假定之一，是损害赔偿可以代替合同履行。有学者认为，由于违约损害赔偿的不充分性，违约无法实现效率。违约损害赔偿责任通常有两种确定方法：守约方所受到的损失；合同价格与市场价格的差额。这两种方法都没有完全赔偿守约方的财产损失，同时也没有降低违约方的履约成本，因此违约的“效率性”根本无法实现。[127]

2.效率违约理论违反合同法的核心价值

这是对效率违约最常见的批评。如认为，它将效率作为唯一的契约法的价值，“能够使资源流向更具使用价值的人的行为是值得鼓励

的结论”，但它是结果论，没有考虑到契约承载的道德、团结、合作、鼓励专用投资及动态效率等多元价值。[128] 或指出，不可忽略效率违约给整个交易环境造成的宏观影响：否定合同的道德基础，破坏了双方的信任及交易安全。违约方为追求效率而单方违约的行为与公法领域的征收相似：未获得被征收人的同意而获得其财产的所有权，但效率违约缺乏征收中的高位阶利益。[129]

反对效率违约的一些学者还提出了遏制效率违约的方法。例如，对有意违约判决适度惩罚性赔偿，[130] 或完善违约赔偿责任，将购买替代物的价格与合同价格之差作为赔偿内容，或者剥夺违约获益并赔偿给守约方。[131]

针对上述批评意见，支持者从合同自由天然包含违约自由的前提出发，认为合同法应该激励当事人追求最大化合同剩余的行为。合同中的合作并不限于履行，增进福利的违约不违反合作。如果违约优于履行，违约就是效率的。效率违约是一种事实状态，与违约方心理无关，不应受责难。[132] 或提出了改进意见：实际履行不受效率违约的影响，可以将效率违约作为实际履行的一种抗辩；效率违约适用的条件必须是守约方的期待利益可以合理计算；在违约方机会主义违约或为了不履行合同而故意导致履行成本增加时，不应适用效率违约。[133]

四　评论

实际履行是我国学界最熟稔的违约救济方式之一。《合同法》实现了合同从计划经济向市场经济的转型，对实际履行的调整也相应发生了诸多变化。兹就其所涉问题，略陈一二。

1.实际履行与损害赔偿的优序

以往，学界对实际履行最大的争议在于：它是否系第一位的违约责任请求权，换言之，在对方不履行合同时，是否必须请求对方实际履行，未果后才能请求损害赔偿，以保障合同切实履行？在计划经济体制，这一追问是为了保障实际履行，使合同目的得以实现。但现在，问题的重心却颠倒了：为了保护债务人的利益，损害赔偿是否应成为第二序位的请求权？这是因为，在债务人不履行或瑕疵履行合同义务的场合，债权人若直接请求损害赔偿，在债务人可以履行且愿意履行时，以损害赔偿取代实际履行，必然加重债务人的赔偿负担。

学界多从德国法角度展开论证。《合同法》规定当事人“合理选择”，给解释论留下的空间相当大。合理的结论应包括：①实际履行

符合债权人的缔约目的，故应优先；债务人因为如约履行了合同，可避免损害赔偿或扩大的损害赔偿。②在符合《合同法》第110条的情形，债权人可径直请求损害赔偿。③对债权人、债务人均有利的瑕疵补正行为，应赋予优先权。如债务人不能修理时，债权人自然可以自己修理（除非修理费用与标的物的价值不成比例），并请求债务人偿还修理费用。

在实践中，较为理想的方案是借鉴履行迟延时的催告制度，即债权人为债务人设定合理期限，期限经过后，债务人不履行的，则可请求损害赔偿。同理，在标的物有瑕疵时，修理与更换请求权也应先于减价请求权适用。

2.效率违约

整体上看，民法学界并不关注效率违约。通常将其转换为实际履行与损害赔偿的关系。效率违约成为一个法律问题的前提有二：一是损害赔偿与实际履行对债权人的效果不完全等同。二是双方未就违约争议达成合意。纵观学界讨论，效率违约的争议涉及事实与价值两方面的问题。

其一，事实问题。

效率违约中的事实问题是：是否存在“效率”违约？否定“效率”违约的意见集中于两个方面：一是认定“效率”的条件不充分，因为违约造成的损害与获利无法精确计算。二是从谁的角度判断“效率”？因为对违约方有效率的，对守约方则未必有效率。

有效率的违约是否存在，答案是肯定的。《合同法》第110条关于“履行费用过高”就体现了效率违约的精神。如履行费用对违约方过高，远远超过了债权人的履行利益时，只要债权人得到了充分的损害赔偿，违约对双方都是有利的，而且可以避免社会资源的浪费。

需要说明的一个问题是，一物二卖并不构成效率违约。因为效率违约不可能从违约方的收益入手，而必须依据社会效率来判断。在一物二卖情形，后续买卖的溢价无论归谁，于社会整体效率都没有影响。但是，如果将溢价判决给买方，一物二卖就可以得到充分遏制。可见，效率违约要成立，必须将双方的利益通盘考虑，若双方利益都最大化，则意味着社会效率有所增进，违约是有效率的。效率违约并非提倡违约自由，毋宁说是对实际履行请求权的一种抗辩，是为了证明实际履行不如损害赔偿对双方更有利。在法律上认定效率违约的真正难题是，实际履行可以免除债权人证明损害大小的责任，但违约损害赔偿却难以精确证明，难以全部赔偿。与此形成鲜明对比的是在现代合同法上，债权人往往没有直接请求损害赔偿的权利，而必须先请

求实际履行，但是债权人也可能希望对方效率违约。

其二，价值问题。

效率违约论的核心理论基础之一是合同法无关道德，而只是增进财富、分配风险的工具，只要当事人的利益实现了最大化，就完全可以僭越合同严守原则。在合同领域，“重然诺”未必机械地遵守，甚至也未必是值得追求的价值。效率违约论的支持者往往引述霍姆斯的名言——“在普通法上，恪守契约的义务无非表明若不履行，则必须承担损害赔偿责任，除此无他。”[134] 原因盖在于此。

如前所述，效率违约在经济上并非没有保证双方的公平，单从经济角度反对效率违约的公平，可能南辕北辙。它的真正道德问题在于对契约必须严守的突破。与其他经济学的命题一样，效率违约同样将人的复杂动机与需求简化为可计算的经济数字，完全抹杀了合同主体之间的共同体关系，而且在缔约目的非为取得财产利益时（如获得对方的特定劳务等），效率违约根本难以满足其要求。当然对这类合同，合同法本身也难以许可其实际履行。因此，效率违约面对的最大道德问题是：若可以基于效率而违约，它对社会整体福利虽然有所增进，但它对合同严守这种道德规范的伤害如何估量？

---

[1] 参见韩世远《合同法总论》（第3版），法律出版社2011年版，第584页以下。

[2] 参见崔建远《合同法》，北京大学出版社2012年版，第299页。

[3] 参见朱广新《合同法总则》，中国人民大学出版社2008年版，第396页以下。在第2版中，作者删除了《规范思想》部分。《合同法总则》（第2版），参见中国人民大学出版社2012年版，第535页以下。

[4] 王卫国：《过错责任原则：第三次勃兴》，中国法制出版社2000年版，第245页。

[5] 双方核心论点，参见梁慧星《从过错责任到严格责任》，载梁慧星主编《民商法论丛》第8卷，法律出版社1997年版；崔建远：《严格责任？过错责任？——中国合同法归责原则的立法论》，载梁慧星主编《民商法论丛》第11卷，法律出版社1999年版。相关文献总结，可参见朱广新《合同法总论》（第2版），中国人民大学出版社2012年版，第538页。

[6] 参见韩世远《合同法总论》（第3版），法律出版社2011年版，第593页以下。

[7] 朱广新：《合同法总论》（第2版），中国人民大学出版社2012年版，第556页。

[8] 崔建远：《合同法》，北京大学出版社2012年版，第310页。

[9] 参见李永军《合同法》（第3版），法律出版社2010年版，第505页。

[10] 参见王利明《合同法研究（修订版）》（第2卷），中国人民大学出版社2011年版，第438页。作者观点有所改变，参见《合同法研究》（第2卷），中国人民大学出

版社2003年版，第412页以下。

[11] 参见易军《慎思我国合同法上的违约损害赔偿责任的归责原则》，《中德私法研究》2012年总第8卷。

[12] 参见刘凯湘《合同法》，中国法制出版社2010年版，第408页。

[13] 参见梁慧星《严格执行〈条例〉缓和医患关系》，《人民法院报》2005年6 月15日。这对范畴最初可能是由尹田教授介绍到国内的，参见《法国现代合同法》，法律出版社1995年版，第303页以下；新版为《法国现代合同法：契约自由与社会公正的冲突与平衡》，法律出版社2009年版，第357页以下。

[14] 参见韩世远《医疗服务合同的不完全履行及其救济》，《法学研究》2005年第6期。

[15] 参见苏德托亚《关于〈合同法〉违约责任归责原则对手段债务的适用性》，《前沿》2012年第1期。

[16] 参见朱广新《合同法总则》，中国人民大学出版社2008年版，第413页。

[17] 参见齐晓琨《德国新、旧债法比较研究：观念的转变和立法技术的提升》，法律出版社2006年版。

[18] 参见解亘《我国合同拘束力理论的重构》，《法学研究》2011年第2期。

[19] 参见周江洪《服务合同研究》，法律出版社2010年版，第45页。

[20] 参见解亘《我国合同拘束力理论的重构》，《法学研究》2011年第2期。

[21] 参见戴孟勇《违约责任归责原则的解释论》，《中德私法研究》2012年第8卷。

[22] 参见王洪亮《履行障碍风险分配规则——兼评我国〈合同法〉上的客观责任体系》，《中国法学》2007年第5期。

[23] 参见周江洪《服务合同的类型化及服务瑕疵研究》，《中外法学》2008年第5期。

[24] ［德］伯特·霍恩、海因·科茨、汉斯·莱塞：《德国民商法导论》，楚建译，中国大百科全书出版社1996年版，第109页。

[25] 参见王利明《合同法研究（修订版）》（第2卷），中国人民大学出版社2011年版，第467页。

[26] 参见韩世远《合同法总论》（第3版），法律出版社2011年版，第368页。

[27] 参见卢谌、杜景林《论债权总则给付障碍法的体系进路》，《法律科学》2006年第1期。

[28] 参见伍治良《根本违约判定标准功能之回归研究——兼评我国合同法相关规定之不足》，《法律科学》2003年第3期。

[29] 参见杜景林、卢谌《给付不能的基本问题及体系建构》，《现代法学》2005年第6期。

[30] 举其要者，如杜景林：《德国债法改革研究》，法律出版社2003年版；朱岩：《德国新债法》，法律出版社2003年版；齐晓琨：《德国新、旧债法比较研究：观念的转变和立法技术的提升》，法律出版社2006年版；杜景林、卢谌：《德国新给付障碍法研究》，对外经济贸易大学出版社2006年版；杜景林、卢谌：《债权总则给付障碍法的体系建构》，法律出版社2007年版；王茂祺：《给付障碍体系比较研究》，法律出版社2007年版；焦富民等：《合同履行障碍及其救济制度研究》，中国法制出版社2011年版。

[31] 参见李昊《论德国积极侵害债权制度的变革》，《研究生法学》2011年第1期。

[32] 参见刘青文《论“义务违反”——损害赔偿请求权基础在德国新债法中的统一》，《中德法学论坛》第4辑。

[33] 王茂祺：《给付障碍体系比较研究》，法律出版社2007年版，第94页。

[34] 参见杜景林、卢谌《德国新债法给付障碍体系重构》，《比较法研究》2004年第1期。

[35] 典型的如韩世远、下森定主编《履行障碍法研究》，法律出版社2006年版；韩世远：《履行障碍法的体系》，法律出版社2006年版。

[36] 参见韩世远《合同法总论》（第3版），法律出版社2011年版，第368页。

[37] 参见王洪亮《我国给付不能制度体系之考察》，《法律科学》2007年第5期。

[38] 参见卢谌、杜景林《论债权总则给付障碍法的体系进路》，《法律科学》2006年第1期。

[39] 参见焦富民、陆一《合同履行障碍制度的路径选择》，《江海学刊》2009年第3期。

[40] 参见王洪亮《履行障碍风险分配规则：兼评我国〈合同法〉上的客观责任体系》，《中国法学》2007年第5期。

[41] 韩世远：《合同法总论》（第3版），法律出版社2011年版，第368页。

[42] 参见王利明《合同法研究（修订版）》（第2卷），中国人民大学出版社2011年版，第474页以下；朱广新：《合同法总则》，中国人民大学出版社2008年版，第413页以下；韩世远：《合同法总论》（第3版），法律出版社2011年版，第392页以下；崔建远：《合同法》，北京大学出版社2012年版，第311页以下。差异在于是否纳入履行不能与债权人迟延。

[43] Theodor Mommsen（1817—1903）可能是著述最多的法学家，1905年其书目汇编的条目超过1000个。1902年，作为“目前最伟大的历史写作艺术大师”，他荣膺诺贝尔文学奖。其代表作三卷本《罗马史》“沟通了史学家与诗人之间的鸿沟”。（瑞典学院颁奖词）

[44] 参见杜景林、卢谌《给付不能的基本问题及体系建构》，《现代法学》2005年第6期。

[45] 参见卢谌、杜景林《自始不能责任的学理建构》，《法学研究》2006年第3期。

[46] 参见杜景林、卢谌《是死亡还是二次勃兴——〈德国民法典〉新债法中的给付不

能制度研究》，《法商研究》2005年第2期；杜景林、卢谌：《给付不能的基本问题及体系建构》，《现代法学》2005年第6期。

[47] 参见王利明《合同法研究（修订版）》（第2卷），中国人民大学出版社2011年版，第533页、538页。

[48] 参见韩世远《合同法总论》（第3版），法律出版社2011年版，第413页以下。

[49] 参见杜景林、卢谌《是死亡还是二次勃兴——〈德国民法典〉新债法中的给付不能制度研究》，《法商研究》2005年第2期；杜景林、卢谌：《给付不能的基本问题及体系建构》，《现代法学》2005年第6期。

[50] 参见杜景林、卢谌《给付不能的基本问题及体系建构》，《现代法学》2005年第6期。

[51] 参见王洪亮《我国给付不能制度体系之考察》，《法律科学》2007年第5期。

[52] 参见韩世远《合同法总论》（第3版），法律出版社2011年版，第415页。

[53] 参见王利明《合同法研究（修订版）》（第2卷），中国人民大学出版社2011年版，第494页。也有学者加入了履行数量不合格这种情形。参见崔建远主编《合同法》（第5版），法律出版社2010年版，第288页。

[54] 参见杨立新《中国合同责任研究（上）》，《河南省政法管理干部学院学报》2000年第1期。

[55] 参见卢谌、杜景林《德国法中的瑕疵损害与瑕疵结果损害》，《法学》2007年第3期。

[56] 参见杜景林、卢谌《论德国新债法积极侵害债权的命运——从具体给付障碍形态走向一般性义务侵害》，《法学》2005年第2期。

[57] 参见王荣珍《对加害给付概念与救济的再思考》，《政法论坛》2005年第5期。

[58] 参见朱广新《合同法总则》，中国人民大学出版社2008年版，第421页。

[59] 参见崔建远《合同法》，北京大学出版社2012年版，第313页。

[60] 参见刘青文《论“义务违反”——损害赔偿请求权基础在德国新债法中的统一》，《中德法学论坛》第4辑。

[61] 除了《合同法》“买卖合同”章第148条、第153—158条、第165—166条、第168—169条外，“赠与合同”章第191条，“租赁合同”章第216条、第233条；“承揽合同”章第262条等条文都涉及瑕疵担保责任。

[62] 参见王利明《中德买卖合同制度的比较》，《比较法研究》2001年第1期。

[63] 参见郭明瑞、房绍坤《新合同法原理》，中国人民大学出版社2000年版，第428页；陈小君主编：《合同法学》，中国政法大学出版社2002年版，第169页；马俊驹、余延满：《民法原论》，法律出版社2005年版，第653页。

[64] 参见王利明《合同法研究（修订版）》（第2卷），中国人民大学出版社2011年版，第421页。

[65] 参见韩世远《出卖人的物的瑕疵担保责任与我国合同法》，《中国法学》2007年第3期。

[66] 参见杜景林《现代买卖法瑕疵担保责任制度的定位》，《法商研究》2010年第3期。

[67] 参见崔建远《物的瑕疵担保责任的定位与定性》，《中国法学》2006年第6期。

[68] 参见王洪亮《物上瑕疵担保责任、履行障碍法与缔约过失责任》，《法律科学》2005年第4期。

[69] 参见韩世远《出卖人的物的瑕疵担保责任与我国合同法》，《中国法学》2007年第3期。

[70] 参见周帮扬《违约责任、瑕疵担保责任与欺诈》，《湖北社会科学》2005年第1期。

[71] 参见杜景林《现代买卖法瑕疵担保责任制度的定位》，《法商研究》2010年第3期。

[72] 参见李伟《德国法出卖人瑕疵担保责任的发展及对我国的启示》，《同济大学学报》（社会科学版）2009年第6期。

[73] 参见杜景林《我国合同法上减价制度的不足与完善》，《法学》2008年第4期。

[74] 王洪亮：《我国给付不能制度体系之考察》，《法律科学》2007年第5期。

[75] 参见卢谌《现代买卖法瑕疵担保责任制度——以法律原因引用为中心》，《东方法学》2011年第1期；德国法对这一问题的立法技术，参见王洪亮《物上瑕疵担保责任、履行障碍法与缔约过失责任》，《法律科学》2005年第4期。

[76] 参见杜景林《现代买卖法瑕疵担保责任制度的定位》，《法商研究》2010年第3期。

[77] 参见许明月、林全玲《信息不对称、附随义务与缔约过失责任》，《河北法学》2005年第10期。

[78] 参见王洪亮《物上瑕疵担保责任、履行障碍法与缔约过失责任》，《法律科学》2005年第4期。

[79] 参见许德风《论瑕疵责任与缔约过失责任的竞合——兼论〈合同法〉第42条第2、3项与第148、155条的关系》，《法学》2006年第1期；同旨，参见王洪亮《物上瑕疵担保责任、履行障碍法与缔约过失责任》，《法律科学》2005年第4期。

[80] 参见卢谌《现代买卖法瑕疵担保责任制度——以法律原因引用为中心》，《东方法学》2011年第1期。

[81] 参见王洪亮《物上瑕疵担保责任、履行障碍法与缔约过失责任》，《法律科学》2005年第4期。

[82] 参见陈耀东、张瑾《“凶宅”的法律限定及其交易纠纷的法律适用》，《河北法学》2007年第10期。

[83] 参见李超《“凶宅”买卖中的瑕疵担保责任与缔约责任》，《人民法院报》2013年1月24日第7版。

[84] 参见韩世远《出卖人的物的瑕疵担保责任与我国合同法》，《中国法学》2007年第3期。

[85] 参见卢谌《现代买卖法瑕疵担保责任制度：以法律原因引用为中心》，《东方法学》2011年第1期。

[86] 参见许德风《论瑕疵责任与缔约过失责任的竞合——兼论〈合同法〉第42条第2、3项与第148、155条的关系》，《法学》2006年第1期。

[87] 梁慧星教授很早就介绍了这两种观点，参见《论出卖人的瑕疵担保责任》，《比较法研究》1991年第3期。除日本外，德国对瑕疵担保责任历来也有担保说与债务不履行说的区分，参见姚志明《债务不履行：不完全给付之研究》，中国政法大学出版社2003年版，第138页以下。

[88] 在德国新债法后，真正的瑕疵担保制度只剩下减价和后续履行请求权（参见杜景林、卢谌《德国新债法研究》，中国政法大学出版社2004年版，第147页）。换言之，它们依然独立于债务不履行责任（违约责任）。

[89] 参见李永军《合同法》（第3版），法律出版社2010年版，第540页。

[90] 参见韩世远《履行障碍法的体系》，法律出版社2006年版，第234页。

[91] 参见王洪亮《强制履行请求权的性质及其行使》，《法学》2012年第1期。

[92] 参见解亘《我国合同拘束力理论的重构》，《法学研究》2011年第2期；解亘《日本契约拘束力理论的嬗变——从债权债务构成走向契约构成》，《南京大学学报》2010年第2期。

[93] 参见王洪亮《我国给付不能体系制度之考察》，《法律科学》2007年第5期。

[94] 参见王洪亮《强制履行请求权的性质及其行使》，《法学》2012年第1期；杜景林《我国合同法买受人再履行请求权的不足与完善》，《法律科学》2009年第4期。

[95] 参见韩世远《合同法总论》（第3版），法律出版社2011年版，第608页、第610页；崔建远主编：《合同法》（第5版），法律出版社2010年版，第314页以下。

[96] 参见朱广新《合同法总论》（第2版），中国人民大学出版社2012年版，第563页。

[97] 参见王利明《合同法研究（修订版）》（第2卷），中国人民大学出版社2011年版，第578页。

[98] 参见王利明《合同法新问题研究》，中国社会科学出版社2003年版，第636 页；隋彭生《合同法要义》，中国政法大学出版社2003年版，第415页。

[99] 参见崔建远主编《合同法》（第5版），法律出版社2010年版，第316页。

[100] 参见王洪亮《强制履行请求权的性质及其行使》，《法学》2012年第1期；杜景林《我国合同法买受人再履行请求权的不足与完善》，《法律科学》2009年第4期。

[101] 参见李昊《论德国积极侵害债权制度的变革》，《研究生法学》2011年第1期。

[102] 参见迟颖《从物之瑕疵责任的变迁看德国给付障碍法的国际化趋势》，《研究生法学》2011年第1期。

[103] 王洪亮：《物上瑕疵担保责任、履行障碍法与缔约过失责任》，《法律科学》2005年第4期。

[104] 杜景林：《我国合同法买受人再履行请求权的不足与完善》，《法律科学》2009年第4期。

[105] 参见朱广新《合同法总论》（第2版），中国人民大学出版社2012年版，第568页。

[106] 参见刘旭华《合同实际履行的价值重估——兼析对〈合同法〉第110条的理解》，《兰州大学学报（社会科学版）》2002年第1期。

[107] 参见王利明《合同法研究（修订版）》（第2卷），中国人民大学出版社2011年版，第592页。

[108] 参见刘旭华《合同实际履行的价值重估——兼析对〈合同法〉第110条的理解》，《兰州大学学报（社会科学版）》2002年第1期。

[109] 参见崔建远《对〈合同法〉第一百一十条第（三）项规定的理解》，《人民法院报》，2008年10月16日第6版。

[110] 参见李昊《论德国积极侵害债权制度的变革》，《研究生法学》2011年第1期。

[111] 参见韩世远《合同法总论》（第3版），法律出版社2011年版，第611页以下。

[112] 参见卢谌《履行请求权及其界限》，《比较法研究》2007年第4期。

[113] 参见王洪亮《强制履行请求权的性质及其行使》，《法学》2012年第1期。

[114] 参见崔建远主编《合同法》（第5版），法律出版社2010年版，第316页；韩世远《合同法总论》（第3版），法律出版社2011年版，第612页。

[115] 参见王利明《合同法研究（修订版）》（第2卷），中国人民大学出版社2011年版，第577页。

[116] 参见李永军《合同法》（第3版），法律出版社2010年版，第540页。

[117] 参见崔建远主编《合同法》，法律出版社2010年版，第316页；韩世远《合同法总论》（第3版），法律出版社2011年版，第612页。

[118] 参见［美］波斯纳《法律的经济分析》（上），蒋兆康译，中国大百科全书出版社1997年版，第152页。

[119] 最初对国内产生最重要影响的作品是［美］罗伯特·考特、托马斯·尤伦《法和经济学》，张军等译，上海人民出版社1994年第1版。其后波斯纳的《法律的经济分析》取而代之，几乎成了国内法律经济分析的宝典。

[120] 参见唐清利《效率违约：从生活规则到精神理念的嬗变》，《法商研究》2008

年第2期。

[121] 参见王艳丽、戴枫《效率违约理论述评——拿来、批判或是选择性吸收？》，《学海》2008年第3期。

[122] 参见霍政欣《效率违约的比较法研究》，《比较法研究》2011年第1期。

[123] 如唐清利《效率违约——从生活规则到精神理念的嬗变》，《法商研究》2008年第2期；王艳丽、戴枫《效率违约理论述评——拿来、批判或是选择性吸收？》，《学海》2008年第3期。

[124] 如刘浩宇《效率违约的价值评析对我国合同法第110条的再思考》，《河北法学》2000年第2期；张驰、韩强《民法同质补偿原则新思考》，《法学》2000年第3期；王艳丽、戴枫《效率违约理论评述——拿来、批判或是选择性吸收？》，《学海》2008年第3期。

[125] 参见王利明《合同法研究（修订版）》（第2卷），中国人民大学出版社2011年版，第597页。

[126] 参见孙良国《效率违约理论研究》，《法制与社会发展》2006年第5期。

[127] 参见陈凌云《效率违约遏制论——以完善违约损害赔偿责任为线索》，《当代法学》2011年第1期。

[128] 参见孙良国《效率违约理论研究》，《法制与社会发展》2006年第5期。

[129] 参见陈凌云《效率违约遏制论——以完善违约损害赔偿责任为线索》，《当代法学》2011年第1期。

[130] 参见孙良国、于忠春《有意违约的研究》，《法制与社会发展》2009年第6期。

[131] 参见陈凌云《效率违约遏制论——以完善违约损害赔偿责任为线索》，《当代法学》2011年第1期。

[132] 参见杨志利《效率违约与有意违约——与孙良国博士商榷》，《广东商学院学报》2010年第4期。

[133] 参见王艳丽、戴枫《效率违约理论述评——拿来、批判或是选择性吸收？》，《学海》2008年第3期。

[134] 霍姆斯的原文为："The duty to keep a contract at common law means a prediction that youmust pay damages if you do not keep it，and nothing else."Oliver Wendell Holmes，The Path of the Law，10 Harv.L.Rev.1897（457）.

第十章　违约责任（下）

第一节　损害赔偿

一　违约损害的分类

（一）传统分类

《合同法》第113条第1款规定："当事人一方不履行合同义务或者履行合同义务不符合约定，给对方造成损失的，损失赔偿额应当相当于因违约所造成的损失，包括合同履行后可以获得的利益，但不得超过违反合同一方订立合同时预见到或者应当预见到的因违反合同可能造成的损失。"明确承认了完全赔偿原则，但只说明了"损失赔偿额应当相当于违约所造成的损失，包括合同履行后可以获得的利益"，具体范围则交由学说确定。

学界对合同损害分类有两个突出特点：一是与侵权法上的损害分类有所不同，合同损害侧重从债权人的利益入手，故通常出现"利益"与"损害"互换的用法，如"信赖利益"与"信赖损害"等。二是分类标准众多，且混用英美法、大陆法与国际公约中的概念，极不统一。如将损失分为不履行合同的损失、瑕疵履行的损失、迟延履行的损失、附带损失、间接损失、利润损失、机会损失、非金钱损失，又按照德国法区分迟延履行的损失与代替履行的损失。[1]

学界对损害的分类主要包括如下几类：

1.直接损害与间接损害

这是大陆法系最传统的损害范畴，也是国内学界最常用的范畴。分类目的在于，直接损害应全部赔偿，但间接损害的赔偿受因果关系、可预见规则更多限制。关于这对范畴的具体含义，学界甚少界定，而多以因果关系为标准区分，即由违约直接引起、没有其他因素介入的损失，为直接损失；其他为间接损失。[2] 但有学者反对这种观点，认为前者是指受侵害的法益本身的损害；后者则是结果损害。[3] 或者提出更细致的标准以区分，如其他因素的介入、原告是否有可能避免损失、原告支付的费用是否合理。[4]

需要指出的是，学界虽然也采纳英美法上的直接损失（acutal

damage）、间接损失（consequential damage）和附带损失（incidental damage）的分类标准，[5] 但甚少有学者比较它们与大陆法上概念的同异。

2.实际损失（所受损害）与可得利益（所失利益）

这也是学界普遍采用的分类，且为实务界广泛运用。《合同法》第113条采用的也是这对范畴。

对这对范畴，学界的定义并不完全相同，但无实质差别。如认为，实际损失是信赖合同能履行而支付的费用或财产，又称信赖利益；可得利益为合同如约履行时受害人得到的利益，即期待利益或履行利益。[6] 或认为前者亦称积极损害，是指因损害事故的发生而应赔偿权利人现有财产所减少的额数；后者亦称消极损害，指因损害事故的发生而应赔偿权利人财产应增加而未增加的额数。[7]

学界多认为，这对范畴与直接损害、间接损害基本相同。[8] 但也有学者反对这种观点，认为这两种分类标准并不一致：其一，间接损害与违约行为直接引起的损害后果相对，它也可能表现为现有财产的损害。若把间接损害等同于未来可得利益的损失。大量因违约行为间接造成的损害难以在法律上定位。另一方面，间接损害也不包括可得利益的损失，许多利润损失都很难说是间接损害。故，两种分类彼此不可替代。[9] 或认为，实际损失指费用的支出，可得利益代表利润损失，可为直接损害，也可为间接损害，二者区分明确。直接损失与间接损失这对范畴应由实际损害与可得利益取代，因为后一范畴更具有确定性。[10]

（二）晚近分类

晚近以来，学界对损害的分类为履行利益（期待利益）、信赖利益与固有利益（维持利益，完全性利益）。其中，履行利益又称积极利益，是指有效成立的合同正常履行时债权人获得的利益，债务人不履行合同义务所造成的损失，就是履行利益的损失。固有利益亦称维持利益、完全性利益，是指因违反保护义务，侵害相对人的人身权或物权造成的损害。违约方的违约行为有过错时，应赔偿全部维持利益的损害，即使这种损害远逾履行利益。[11]

值得注意的是，受富勒的影响，学界普遍接受了违约损害赔偿中的信赖利益和期待利益概念。以往学界在违约赔偿中通常不讨论信赖利益，而只在缔约过失责任中讨论。之所以如此，是因为“信赖利益”在两大法系的法律构造上存有重大差异。在违约损害赔偿中研究信赖利益，始于学界对富勒名作的介绍。[12] 富勒指出，合同利益可以分为期待利益（相当于大陆法系中的履行利益）、信赖利益和返还

利益三种。英美法诸国普遍接受了这些概念。[13]

对富勒意义上的“信赖利益”、“期待利益”和国内学界所习用的“实际损失”、“可得利益”的关系，有学者认为，“实际损失”相当于大陆法上的信赖利益，但并非富勒意义上的“信赖利益”。富勒实际上进一步分离了大陆法上的信赖利益，即将“履行”从实际损失中剥离出来成为返还利益，其信赖利益只包括为履行而支付的各种费用和丧失的缔约机会。[14]

但是，也有学者认为，富勒采用的概念范畴“并不符合法律实践”。因为信赖利益并非与履行利益相对的独立概念，而是履行利益的一部分。当事人在订立、履行合同过程中所支出的成本与费用，不能简单地说是信赖利益损失，在赔偿履行利益时同样会予以考虑。损害赔偿不应受概念分类的限制。在违约损害赔偿场合，信赖利益的赔偿只是债权人退而求其次的选择，履行利益的赔偿才是首位的，因为履行利益包括了净利润。在成本与费用的损害赔偿（信赖损害赔偿）中，债权人所负的举证责任较轻，只需证明支出了有关的成本与费用。债务人若想减免其责任，须提出反证，证明这些成本与费用的支出并不能实现目的或不能从未来的收益中获得补偿。为获得履行利益而支出的成本和费用，在合同不亏本时，通常应当给予赔偿。[15]

二　信赖利益的赔偿

（一）信赖利益赔偿的必要性

在英美法上，赔偿信赖利益的目的主要是为了克服履行利益证明的困难，即在证明履行利益有困难时，受害人可转而请求赔偿其信赖利益的损失。国内学界晚近也充分认识到了违约损害赔偿领域信赖利益赔偿的重要性。如认为信赖利益亦称消极利益，是指合同不成立、无效、被撤销或不被追认，相对人信赖其有效，却因合同不成立、无效、被撤销或不被追认造成的损害。但是，在违约损害中，同样也存在信赖利益。[16]　或明确指出，在违约损害赔偿中，债权人可选择主张信赖利益的赔偿，以代替履行利益赔偿。[17]　其请求权基础为《合同法》第107条，因为在解释上，其规定的“赔偿损失”包括信赖损失。此外，第112条中的“其他损失”在解释上也可以包括信赖损失。[18]

（二）信赖利益种类

学界对违约损害赔偿中信赖利益的研究，主要集中在如下几种类型：

1.徒然支出的费用

在德国债法现代化改革后，国内诸多精于德国法的学者讨论了《德国民法典》第284条规定的“无谓费用/徒然支出的费用（vergebliche Aufwendungen）”，简而言之，即因信赖对方会履行合同而已支出的合理费用。按其规定，“债权人可以不请求代替给付的损害赔偿，而请求偿还其因信赖获得给付而已经支出并且可合理地支出的费用，但即使债务人没有违反义务，支出费用的目的也不会达到的除外。”[19] 该规定明确了信赖利益的赔偿可以代替履行利益的赔偿。

上述条文是德国民法的全新内容。有学者指出，徒然支付的费用的赔偿条件为：一是因信赖对方履行合同而支付合理费用。二是债权人支出的费用与其所追求的目的之间存在比例关系。如果即使债务人履行合同，债权人支出的费用也无法实现其缔约目的的，则不予赔偿。三是只有在给付不能归责于债务人时，债权人才可以请求赔偿。[20]

对债权人获得其因合同不履行而徒然支出的费用的赔偿，比较法上有赔偿信赖利益与赢利性推定理论两种方案。有学者认为，这两种赔偿方案都存在问题：①信赖理论将债务人的缔约过失行为确认为致害行为，将支出的费用界定为损害，存在严重缺陷。②赢利性推定理论强调费用自身并非损害，损害是因债务人违约而未能取得的利益，该利益至少与费用等额，在致害行为的确认、行为及损害间的因果关系的认定等问题上均无障碍。但是，它将费用补偿与双务合同的牵连性和债权人的赢利挂钩，适用范围有限。我国宜以司法解释规制费用补偿问题。相应的条文可以是：“债权人可以不请求全面的期待利益赔偿，而请求补偿其为准备履行合同等原因而支出的合理费用。倘违约方能够证明假如合同如约履行，债权人也会遭受损失的，补偿额应作相应的扣减；即使债务人未违反义务，支出费用的目的也无法达到的，债权人不得请求补偿。”[21]

2.机会损失

信赖利益中较为特殊的类型是机会损失。在违约赔偿场合，它是指债权人因信赖合同有效而放弃与他人订立合同的机会所遭受的损失。这种损失因缺乏确定性，是否可以赔偿及如何确定赔偿数额，是损害赔偿法的一个难题。

现有研究均认可违约损害赔偿包括机会损失。如认为，合同和侵权领域都存在机会损失，在请求赔偿机会损失时，受害人无须证明加害行为与最终损害之间的因果关系，而只需证明加害行为与机会丧失

之间的因果关系；赔偿金的计算则需权衡受害人丧失的机会的价值，在能通过统计得出机会丧失的概率时，赔偿数额为期待利益的总数乘该概率；不能确定时，应由法官综合案件的各种因素进行评估。[22] 或认为机会丧失为信赖利益，可得利益是期待利益，这两种利益的赔偿可能竞合。机会损失在如下情形可以赔偿：恶意违约；原告不能确切证明可得利益损失的数额时，亦可考虑给予机会丧失赔偿。[23]

也有学者比较了美国法与德国法关于缔约机会损失赔偿的范围，认为我国法“应有所变通地参考美国模式”。理由是：其一，德国民法对信赖利益赔偿范围的限制不利于受害人，因为其违约损害赔偿范围仅为履行利益，根本不考虑机会损失；其二，美国法将信赖利益赔偿纳入违约损害赔偿范围，值得借鉴，但美国法中的信赖利益不包括缔约机会，我国法对此应予否定。在立法论上，《合同法》可将缔约机会损失纳入履行利益，作为补充救济的手段，但其应满足以下条件：首先，存在无法量化的履行利益损害；其次，缔约机会损失可以确定；最后，一方明知对方因信赖而放弃缔约机会。[24]

3.信赖利益的赔偿限度

在债权人订立亏本合同时，信赖利益大于履行利益，此时债权人能否选择信赖利益与履行利益赔偿，关涉当事人双方重要利益。较多学者持反对意见。如认为信赖利益原则上不能超过履行利益，但也非绝对。若被告欺骗原告说，只要原告做好前期投入，被告履行合同后，原告就将获巨大利益，但实际上，被告即使如约履行，原告方也无法获得被告承诺的利益。在这种情形，若被告违约，则信赖利益可超过履行利益。[25] 另有学者指出，为获得履行利益而支出的成本和费用，在合同不亏本时，通常应当给予赔偿。[26] 换言之，信赖利益超过履行利益的部分，不予赔偿。

三　可预见规则

可预见规则是比较法上普遍采用的违约损害赔偿规则，《合同法》第113条第1款也明确予以规定，将其与减损规则等作为限制违约损害赔偿范围的法定规则。有学者将其作为最优违约损害赔偿政策的体现。[27] 学界讨论的重点如下：

（一）可预见规则的内容

1.预见的主体

《合同法》第113条明确规定，预见主体为违约方，学界对此没

有争议。对其基础，学界大多归于公平、正义、衡平等理念，如认为，完全赔偿原则系维护权利人的利益，可预见规则则偏重保护义务人，是基于公平的理念对完全赔偿原则的限制。[28] 综上，可预见规则的两大基础即自由与公义。故有学者认为，可预见规则的核心价值是“私的自治的尊重和给付均衡的维持”[29] 。

值得注意的是，晚近学者介绍了日本学界的债权构成/合同构成理论，合同构成论将合同看作双方当事人分配给付风险的工具，违约损害赔偿范围自然依据可预见规则确定。但预见的主体也是合同的双方当事人，而不能仅以债务人一方的可预见范围为限。[30]

2.预见的时间

《合同法》规定，预见的时间为“订立合同时”。有学者指出，在比较法上，预见的时间有“合同缔结时”与“债务不履行时”两种标准，前者为英美法所采，后者为日本判例及通说支持。前者更为合理，因为当事人在缔约时，是以当时了解的情况来分配未来风险的，且依此确定双方的对价关系；缔约后出现的情况，违约方无法通过合同来安排，因此可以不承担因此造成的损失。[31]

但也有学者认为，预见时间原则上以订立合同时为准，但合同订立后，一方又提供了新信息，对方也了解的，在确定预见时间时应予考虑。故意违约时亦同。[32]

3.预见的内容

《合同法》第113条第1款没有明确预见的内容。有学者介绍了比较法上预见内容的两种立法例：其一，以英国法为代表，认为被告只需预见到损害的类型或种类，无须预见到损害的程度或数额；其二，以现代法国法为代表，要求损害的类型与程度均应可预见。解释上宜认为，《合同法》只要求预见损害的类型而无须预见损害的程度。[33]

4.可预见的证明标准

对判断违约人是否预见到损害可能发生的标准，有学者主张，应采取英美法的规则，即要求违约方不仅应当预见到损失，还包括预见到违约很可能造成损失。《合同法》第113条第1款中的“可能造成的损失”应限缩解释为“很可能造成的损失”。[34]

至于判断的主体标准，大多数学者认为，可预见性的判断通常是以客观标准进行的，即抽象的“理性人”等。对抽象损害，法律推定它在违约方可得预见范围之内；对具体损害，受害人应对具体情事举证。[35]

但也有学者兼采主观标准，认为应结合抽象理性人与具体违约人，依客观标准为主，违约人的主观因素为辅。[36] 或指出，对违约人主观因素的考量，应采用“就高不就低”原则，否则，违约方会尽力通过证明自己预见能力低来逃避责任。依公序良俗和诚实信用原则，违约方预见能力低于一般理性人就草率缔约，是对社会不负责。此外，可预见规则本来就限制了违约方的责任，再以违约方主观原因进一步减轻其责任，对受害方很不公平。[37]

（二）可预见规则与因果关系及过错

1.可预见性与因果关系

正如有学者指出，合同法上的因果关系的存在意义更多地反映在确定责任范围上：其一，合同关系是当事人之间特别的结合关系，违约与损害之间的因果关系问题比较简单，也比较直观；其二，合同法上的损害赔偿则通常是对期待利益的赔偿，更具复杂多样性。[38] 《合同法》明确以可预见规则来控制责任范围，而侵权法是通过因果关系来控制的。在违约损害赔偿中，可预见规则与因果关系的关系如何，值得细究。学界的观点可以归结如下：

（1）可预见规则隶属因果关系

主张可预见性与因果关系的功能相同，可预见规则的目的就是为了确定因果关系。换言之，可预见规则无非因果关系在合同领域的具体化规则。

这种观点的核心是，可预见规则的重要目的之一，就是法律上的确定因果关系，它可以限制事实上的因果关系，将赔偿责任限制在合理范围内。违约所造成的损害可以预见时，表明损害结果与违约之间具有因果关系；如果不能预见，则不存在因果关系。但它并非判断因果关系的唯一标准，它很多时候不能准确认定因果关系。[39] 换言之，可预见规则仅为因果关系的一个标准而已，并非全部标准。

（2）可预见规则独立于因果关系

有学者指出，“可预见性与事实上因果关系显然不是一回事”，它与相当因果关系在功能上处于同一位阶，但在限定赔偿范围上，“相当因果关系说会更为宽泛”。[40] 还有学者比较了可预见规则与因果关系的诸多差异：①功能。前者的主要功能是限制损害赔偿的范围，后者则是损害赔偿责任的构成要件，确定损害赔偿的范围只是其附属功能。②判断标准。前者以违约方在订约时预见到或应当预见到的损害为标准，后者是以最具观察力的人以全部的知识经验所可预见的情势为标准。③确定时间点。前者依合同缔结时为准，后者适用于违约行

为发生后。④赔偿范围。一般来说，以违约时的因果关系为标准，比订约时合理预见标准所确定的可得利益损失更大。⑤出发点。前者采用债务人主义，有利于债务人；后者实行债权人主义，对债权人更为有利。[41]

亦有学者明确指出，可预见规则与相当因果关系，分别对应于合同领域和侵权领域，均为限制损害赔偿范围的一般性规则。可预见规则在合同法中担任法律上因果关系的角色。将它定位于法律上的因果关系，可摆脱过度受限于损失“可否预见”的困境。[42] 似乎承认在合同法领域，可预见规则可以取代（或等于）因果关系规则。

2.可预见性与过错

可预见性与过错的关系同样也纠缠不清。学界存在统一说与区分说两种观点。

统一说主张，可预见性理论不仅是确定因果关系的标准，也是确定过错的规则，因为违约当事人对其可预见的损害的发生是有过错的。[43]

区分说认为，可预见规则与过错虽然都具有主观性，但并不等同。首先，过错是行为人在实施违约行为时所存在的主观状态，可预见为订立合同时违约方的主观状态。其次，在严格责任下，当事人的主观过错程度通常不影响违约赔偿范围，而违约方在订立合同时所预见到的损害类型与程度都影响赔偿范围。最后，过错体现法律对行为人的非难性，而可预见规则不具有道德评价功能。[44] 或认为，可预见规则是依据一定的归责原则确定责任承担后，限制责任范围的规则。将损害赔偿限于违约人可预见范围，不等于要求违约人必须有过错才承担责任，因为无论采取过错原则还是无过错原则的国家，都可以适用可预见规则。[45]

（三）可预见规则的适用

1.司法适用的实际情况

《合同法》通过后，就有学者意识到，可预见规则“在西方国家尤其是在英美合同法中成为一颗不落的星，那是因为有一批又一批优秀的法官和其他法律实务工作者在正确运用这个规则。新《合同法》引进了这颗星，该星到了我国之后，还能不能继续璀璨光芒，要看我们的法官和我们的律师。”[46] 对长期习惯以因果关系确定损害范围的中国法官而言，可预见规则的适用确有难度。

有学者考察了1999—2008年《最高人民法院公报》公布的合同损害赔偿案例，得出如下结论：①可预见规则在1999—2008年《最

高人民法院公报》公布的合同损害赔偿案例中，均未予以适用；②可预见规则适用标准模糊、不确定；③立法没有规定的确定性要求反而在司法实践中大量适用。[47] 针对可得利益在司法实践中难以得到赔偿的困境，有学者建议，在诉讼中应适当降低原告证明其受损数额的标准。[48]

2.可预见规则适用的限制

可预见规则的适用有时可能损害债权人利益，有时也会损害债务人利益。基于不同的价值立场，学界阐述了两种截然不同的路径：

其一，为保护债权人（守约方）利益，对可预见规则适用的限制。诸多学者都从比较法角度讨论了这一问题。如认为，《合同法》应区分确定当事人是否违约和当事人违约的损害赔偿范围，前者适用无过错原则，后者则应区分当事人的故意和过失，故意违约不应适用可预见规则。[49] 或进一步指出，不区分故意或过失违约，一概适用可预见规则，可能导致违约方为获利而违约。因故意违约是违约方的选择，基于合同意思所产生的合理预见的限制，便失去了存在的理由，此时适用可预见规则，违约方可能逃避很多按照公平原则本应该承担的责任。[50]

其二，为保护债务人利益，对可预见规则适用的限制。在社会生活中，火车、航班延误造成旅客损失的情形相当常见。若旅客将自己旅行的特殊目的在订约时告知承运人的，有学者认为，按可预见规则，此时承运人应承担损害赔偿责任，这将使公共运输机构等公共企业赔偿责任无限扩大。为维护公共运输系统、邮政企业等承担公共利益职能的企业的利益，此时不能适用可预见规则。但是，公共企业的这种特权应受权利不得滥用原则与比例原则的限制。[51]

四　评论

损害赔偿是最重要、适用最广泛的违约救济方式。实际履行请求权因为与债权请求权的效力难以区分，不易区分它到底是第一次债务还是第二次债务，赔偿请求权无疑是由履行请求权转换来的请求权，与履行请求权具有统一性。依据契约自由原则，违约（无论债务人是否有过错）与否并不会实质性影响当事人合同利益的实现，无非债务人的债务由履行转化为同质的金钱赔偿而已。这是违约损害采全部赔偿的理论基础。按照这种思路，法律无非明确全部赔偿的规则而已，但在引入可预见规则后，问题就变得复杂起来。以下略陈愚见。

1.“信赖利益”概念引入的必要性

违约损害赔偿中的“信赖利益”已为学界广泛承认，但它的引入有无实际意义，或如何改造使其适应我国司法习惯，还值得思考。

传统上，欧陆法中的信赖利益与履行利益泾渭分明，前者用于缔约过失责任，后者适用于债务不履行责任。富勒提出的、被美国《第二次合同法重述》采纳的“信赖利益”则不仅适用于缔约过失，还适用于违约责任。从逻辑上说，缔约过程中的信赖与订约后的信赖对债权人并没有差别，不以合同生效为界区分是可行的。

但是，引入这一概念的必要性似乎不大：一是因为我国《合同法》与司法实践均采用了实际损失与可得利益这对范畴，其中，实际损失完全可以包括信赖利益。换句话说，我国法历来承认对信赖利益的赔偿，不过名称不同而已。实际损失与可得利益这对范畴，完全可以纳入履行利益、信赖利益与固有利益。无论将损失分类细化到何种程度，法律的重点都在于如何界定哪些损失是可以赔偿的、如何限制赔偿超额和赔偿不足，而并非使用何种术语。

2.信赖利益赔偿的必要性

无论依据相当因果关系规则还是可预见规则，信赖利益的损失都是可以赔偿的，但信赖利益通常低于履行利益。债权人之所以选择信赖利益赔偿，学界将其归结为举证困难。依举证责任原理，债权人请求违约损害赔偿时，必须证明其损害存在及其大小。但是，合同是当事人对未来双方利益与风险的预先分配，在合同没有履行时，债权人的损失尤其是可得利益的损失很难确定，这与合同订立时的情形相似。可见，合同损害赔偿要实现使债权人达到合同依约履行时（“债务人依债之本旨履行”）的状态，只是一个假设而已。这是合同损害赔偿中普遍存在的现象。在当事人订立合同的目的并非追求财产利益时，履行利益无法量化，赔偿信赖利益几乎成为不二之选。依此，信赖利益赔偿的必要性，或者债权人选择信赖利益或履行利益的必要性，就在于使无法举证的债权人获得更多救济手段。因信赖损失系债权人信赖合同将被履行而支付的费用，债权人的举证要容易得多。

在我国的违约损害赔偿中，当事人依现行法，当然可以主张赔偿实际损失或赔偿可得利益。这也是当然之理，甚至无须论证。履行利益的计算公式应为：履行利益＝对方应支付的对价 - 信赖利益 - 因违约避免的损失（如己方没履行的获利）＋其他损失（如向第三方支付的违约金、转售的溢价收入、另行缔约的损失）。可见，在请求履行利益时，信赖利益已被剔除；若债权人无法证明自己的“纯利润”的，自然可以请求赔偿信赖利益损失。我国的“实际损失”除包括信赖利益外，还包括因对方违约，导致己方对第三人承担的违约责任等损失，

其范围较信赖利益广泛。此外，即使债权人可以证明履行利益损失，但却主张信赖利益赔偿的，系行使权利处分权的行为，无论实体上，还是程序上，都发生法律效力。

3.信赖利益的赔偿可否超过履行利益？

信赖利益大于履行利益的，表明债权人订立的合同是亏本的，即，债务人如约履行了合同，反而会给债权人造成更大的损失更大。若此时许可债权人请求赔偿信赖利益，无异于债权人将自己的亏损转嫁给债务人。因此，债权人此时不能请求赔偿信赖利益。

4.可预见规则

可预见规则到底是相当因果关系的替代，还是确定相当因果关系的标准之一，值得深入讨论。两者虽然都可以通过“事物的自然进程”来判断，但其确定的损害赔偿范围并不完全相同。因为可预见规则除了采用抽象的“理性人”标准外，还必须考量合同双方当事人订约时的具体情境。如甲委托乙运输一批内装海鲜的集装箱，但未告知乙货物的细节，乙迟延交付导致海鲜腐烂。违约与损害之间具有相当因果关系，但违约方却无法预见到这一损失。反之，生产商甲向乙订购原材料，但其目的是为了转售，甲告知了乙，若乙违约，其造成的损害未必在因果关系的射程内，但无疑为乙可以预见到的内容。

除因果关系外，可预见规则的引入对《合同法》还产生了其他两方面的影响：一是对无过错责任的影响。违约方不赔偿订约时无法预见的损害，这意味着，若守约方没有把己方与订立合同相关的重要信息合理披露与告知对方的，将无法得到赔偿。可见，它通过间接赋予守约方以披露义务（不披露则存在过错），缓解了无过错责任的严格性。二是大大提高了违约损害赔偿中的利益尤其是预期利益的证明标准。由于违约损害赔偿中的预期利益没有发生，按照损害确定性的标准，其证明难度本来就很大，引入预见性规则后，更是难上加难。这也是法院在大多数案件中没有勇气判决赔偿可得利益的重要原因。

第二节　违约金

一　违约金的界定及其功能

（一）违约金的界定及其功能

1.违约金的界定

“违约金”至少具有两重含义，一是指违约金条款或者违约金合同，二是违约金责任。[52] 通常所说的违约金是后一种含义，即当事人约定或法定的、在一方不履行合同义务或履行不符合合同约定时，向对方支付的金钱或其他给付。违约金虽然通常系违约方向对方支付，但当事人也可能约定向第三人支付。有学者认为，基于合同自由原则，法律应允许当事人约定如不履行主债务，应向某某慈善机构给付特定金额的捐款，但这是罚金条款而非违约金。[53]

尽管违约金的定义相当清晰，然而如何甄别合同中类似约定是否构成违约金约款，也并非完全一目了然。

（1）违约金与约定损害赔偿金

《合同法》第114条第1款规定：“当事人可以约定一方违约时应当根据违约情况向对方支付一定数额的违约金，也可以约定因违约产生的损失赔偿额的计算方法。”它源于《民法通则》第112条。在实践中，当事人在合同中约定“损害赔偿金”的情形并不鲜见。问题是，该条规定的只是违约金（前段），还是同时规定了预定的损害赔偿（后段）？

违约金通常被理解为损害赔偿的预定：赔偿性违约金原则上推定为对损害赔偿总额的预定。[54] 换言之，第114条中的违约金与“约定因违约产生的损失赔偿额的计算方法”系同一事物。但也有学者指出，《合同法》并没有确认违约金为预定的损害赔偿，当事人可以依据第114条同时约定违约金与损害赔偿金。两者的区别在于：①前者的主要目的在于解决损害赔偿的困难，后者的主要目的是担保合同的履行。②前者的数额低于实际损失时，可以再请求适用损害赔偿；后者本身就约定了损害赔偿，故不能另外要求损害赔偿。③前者的数额过高或过低的，可以依法调整；后者能否调整，法无明文，若约定过高的，解释上可类推违约金调整规定予以调整，符合显失公平条件的，可以变更或撤销。前者与后者可以并用，因为前者在特殊情形具有惩罚性，后者则不存在惩罚性。但并用的结果不能超过全部货款的总值。[55]

（2）违约金与履约保证金

通说认为，违约金合同虽与定金合同一样为从合同，但并非要物合同，而是诺成合同。[56] 实践中当事人往往约定各种类型的保证金，如竞争性缔约程序中的投标保证金、履约保证金。《合同法》对保证金没有明文规定。有学者指出，保证金可以分为备用金类型的保证金、预付款类型的保证金、租赁保证金、装修保证金。[57] 但履约保证金的性质如何，学界甚少讨论。

履约保证金与违约金的差别只是在于约定的金钱支付的时间。前者是一方预先支付或保留一定的金钱作为对方履约的担保，后者是在违约出现后违约方才支付。它们都是当事人约定的主债务不履行时才使一方取得金钱的附条件债权。而且，履约保证金与违约金功能基本相同，都在于担保合同履行。故，衡诸当事人的真意，将履约保证金认定为违约金，也并非不妥，否则保证金必然游离于《合同法》之外，难以定位。最高法院《关于审理买卖合同纠纷案件适用法律问题的解释》第21条规定："买受人依约保留部分价款作为质量保证金，出卖人在质量保证期间未及时解决质量问题而影响标的物的价值或者使用效果，出卖人主张支付该部分价款的，人民法院不予支持。"本条虽没明确质量保证金为违约金，但解释上似可肯定。

2.违约金的功能

一般认为，违约金的功能主要体现为：其一，最重要的功能是减少对违约损失的举证，"也省去了法院和仲裁机构在计算实际损失方面的麻烦"。其二，督促债务人履行合同。其三，把风险和责任限制在预先确定的范围内，从而有利于当事人在订约时计算风险和成本，有利于合同确定未来的利益安排，也有利于鼓励交易。[58] 也有学者指出，其意义在于更充分地实现意思自治，更有效地预防违约行为的发生、更能体现效率原则。[59]

（三）违约金的性质

对违约金的性质，学界争议集中在如下两个方面：

1.从属性与独立性

通说认为，约定违约金具有从合同性质，以主合同的存在为必要条件。主合同不成立、无效或被撤销时，违约金条款也不能生效；主合同消灭，约定的违约金责任也消灭。不过，约定违约金也具有相对的独立性，即在因一方违约发生合同解除的，非违约方仍可请求违约方支付约定的违约金。[60] 但是，因违约金约定通常表现为合同的某一条款，有学者据此认为，违约金条款并不具有从合同的性质，而是与其他条款共同组成了原合同的内容。[61]

还有学者讨论了独立的违约金约定，即一方应依约不为某种（在法律上不负义务的）行为，违反约定的，即支付违约金。它也是一种有条件的给付约定，只是并非取决于主债务的不履行。我国现行法未作明文规定，可否类推适用《合同法》第114条而赋予"独立的违约金约定"以效力，"仍有待作进一步的探讨"。[62]

2.担保方式还是违约责任

《合同法》出台之前，我国学界对违约金是担保方式还是违约责任方式，存在较大争议。[63] 《合同法》明确将违约金作为违约责任的一种方式。

学界也几乎不再认为违约金是一种担保形式，差异只是在于将其视为完全的责任方式还是承认其同时具有担保功能。如有学者认为，违约金与继续履行、损害赔偿等违约责任一样，具有担保功能，但所有民事责任都是债务的担保，具有担保功能与法律上的担保毕竟是两回事，违约金并非法律上的担保形式。因为担保主要目的是债务人在失去清偿能力时保障债权的实现，故担保债务的担保范围以原债权为限，而违约金的目的在于弥补损失抑或惩戒违约方，其数额并非完全取决于原债权关系，如惩罚性违约金即超出了原债的给付义务。[64] 还有学者认为，担保的本质应当是债务人责任财产的特定化或扩大化，而违约金不具有这种功能，违约金是一种民事责任，具有民事责任的全部功能和自身的独特功能。[65]

也有学者认为，违约金既是一种违约责任形式，又是一种独特的担保方式。前者要求违约金条款完全留待当事人约定，法律同时规定了违约金数额调整规则；后者则要求法律尊重当事人在法定范围内设定违约金条款。[66] 也有学者区分了赔偿性与惩罚性两种违约金，认为如果承认违约金具有惩罚性，它就同时具有了担保性；反之，如果仅仅承认违约金的补偿性，那么它就没有担保作用，因为这种违约金与损害赔偿几乎相同。[67]

二　惩罚性违约金

违约金通常按照是否意定为标准，分为约定违约金与法定违约金；按照是否具有惩罚性为标准，分为赔偿性违约金与惩罚性违约金。前者相对简单，学界着墨不多；热议盈庭的是后者。惩罚性违约金又称固有意义上的违约金，是依当事人约定或依法律规定，对违约所约定的一种私的制裁，故又称违约罚。[68]

（一）惩罚性的判断标准

赔偿性违约金与惩罚性违约金的区分是违约金制度中最重要也是最疑难的问题之一，《合同法》没有明确界定惩罚性违约金，学者对惩罚性违约金的判断标准的意见也不一致。学界大致采用两种路径，一种可称为“结果论”，它采裁判机构的视角，是“外在视角”；一种可称为“目的论”，它采合同当事人的视角，是“内在视角”。

1.结果论

结果论又细分为两种：损失比较论与责任并行论。兹分述如下：

（1）损失比较论

这种观点认为，违约金的惩罚性与补偿性，其依据是个案中违约金的金额与实际可能发生的损失之间的数量关系，而不是债权人是否同时可以请求继续履行。违约造成的损失数额高于违约金的数额时，违约金为赔偿性的；违约未造成损失或造成的损失低于违约金的数额时，违约金为惩罚性的。[69] 或认为，惩罚性违约金适用于违约损害的一种特殊情形，即违约没有造成损害；造成损害的，就是赔偿性违约金。[70]

（2）责任并行论

《合同法》颁行之前，即有学者依据违约金是否与其他违约责任形式并用为标准，界定惩罚性违约金。即认为债权人除请求违约金外，还可以请求履行主债务或请求损害赔偿的，为惩罚性违约金，否则为赔偿性违约金。[71] 《合同法》颁行后，很多学者也采纳了这种标准，认为惩罚性违约金的效果是：违约发生时，债权人除可以请求违约金外，还可以请求债务履行或不履行所生的损害赔偿。[72]

上述两种观点的差异体现在：①损失比较说界定的惩罚性违约金不能与其他违约责任方式并用；责任并行说则可；②损失比较说界定的惩罚性违约金，数额过高的，对方可以请求法院依据《合同法》第114条调整；但责任并行说如何调整，则不明确。

2.目的论

因违约金条款是由当事人约定的，有学者认为违约金的性质应当以当事人订立违约条款的主观目的予以判断，若当事人约定了违约金的性质，依当事人的协议为准；没有约定或约定不明确时，参照《合同法》第61条，如果能达成补充协议，则依照补充协议来认定违约金的性质；不能达成补充协议的，则依照体系解释的原则或依照当事人之间的交易习惯来确定。依然无结果的，应解释为赔偿性违约金为原则，惩罚性违约金为例外。[73]

就结果论与目的论的关联而言，损失比较说以违约发生后的损失为基础，并不考虑当事人缔约时的真意，因为当事人约定违约金条款时，违约行为并没发生，违约金是否超过实际损害往往难以判断。责任并行说则包括了目的论的因素，因为若当事人明确约定违约金与其他违约责任方式并用的，则为惩罚性赔偿金无疑。

（二）中国法上的惩罚性违约金

1.《合同法》第114条第3款的解释论

《合同法》第114条第3款规定："当事人就迟延履行约定违约金的，违约方支付违约金后，还应当履行债务。"本条是否承认了惩罚性违约金，近年来也引发了争议。

（1）否定说

认为第114条规定的违约金都属于赔偿性违约金，即使第3款所规定的"就迟延履行约定违约金"可与"履行债务"并用，但也是对迟延赔偿的赔偿额预定，仍属于赔偿性违约金。[74]

（2）肯定说

亦有学者（包括反对一般性惩罚性违约金的学者）认为，尽管《合同法》没有明文规定惩罚性违约金，违约金与赔偿损失不应也无须并用，但第114条第3款规定的迟延履行时的违约金性质为惩罚性赔偿金，违约方支付违约金后，还应履行债务。[75] 或因此得出我国违约金系"赔偿性为主、惩罚性为辅"的结论，赔偿性体现了违约金的基本功能，惩罚性体现了违约金的特殊功能。[76]

（3）折中说

该观点认为，《合同法》第114条第3款规定的迟延履行，包括拒绝履行、不完全履行和狭义的迟延履行。迟延履行违约金条款若为损害赔偿的预定时，构成赔偿性违约金；若"属于替代赔偿额的预定时"，则为惩罚性违约金。[77]

2.当事人能否约定惩罚性违约金

对我国法是否许可当事人约定惩罚性违约金，学者间意见不一。

（1）肯定说

多数学者承认当事人可以约定惩罚性违约金。其理由概括如下：

其一，符合合同自由原则。从"补偿性违约金为主，惩罚性违约金为辅"的原则出发，认为"我国《合同法》突出了违约金的补偿性，但这并不意味着我国法律绝对禁止惩罚性违约金。"按照契约自由原则，当事人可以自由约定违约金数额；当事人自愿接受惩罚性违约金的也有效，如果一方不愿接受，也只能请求法院和仲裁庭对违约金数额进行调整，不能要求宣告整个违约金条款无效。[78] 或进一步援引"法不禁止即自由"的原理，认为惩罚性违约金可以适用于所有的违约类型，并不局限于迟延履行场合，只要此种条款不违反法律的强制性规定，仍属有效。[79]

其二，符合违约金与约定损害赔偿的区分。若将违约金完全作为补偿性的，其作用就完全等同于约定的损害赔偿，这不仅抹杀了违约金所固有的特点，而且必然会使违约金完全取代损害赔偿在实践中的作用。[80]

（2）否定说

它强烈反对当事人有权对所有违约行为都约定惩罚性违约金，理由是：①民法以赔偿当事人的损失为目的，而非以惩罚为目的。②惩罚性违约金约款有悖于公序良俗原则，而且“法无禁止即自由”中的“禁止性法律”不仅是具体的禁止性规范，也包括公序良俗、公平原则等法律原则。③如果普遍承认违约金，“那么完全可以把违约金和定金的并罚看成是惩罚违约金的变相应用”，而《合同法》第116条明文禁止违约金与定金的并用。但鉴于实务中当事人约定的惩罚性违约金较多，也不宜一律否定。在当事人约定了违约金和损害赔偿并罚的情形，根据案情，在不违反公平正义时，可以承认惩罚性违约金的效力。[81]

3.惩罚性违约金的认定

法律无特别规定或当事人未在合同中特别约定违约金为惩罚性的，违约金应为补偿性的。[82] 或认为，当事人约定不明确，原则上推定为赔偿性违约金。[83] 学界意见颇为一致。

4.惩罚性违约金的效力控制与数量调整

主张当事人可任意约定惩罚性违约金的学者也均认为，法律应对其效力进行控制。如认为，惩罚性违约金条款的效力至少受《合同法》第52条、第54条等规定的限制，当事人可请求法院确认其无效或请求撤销。此外，尽管我国现行法没有对其数额作明文限制，但依《担保法》第91条的规定，同样属于“私的制裁”的定金，其数额不得超过主合同标的额的20%，故惩罚性违约金的数额可类推适用《担保法》第91条，惩罚性违约金不得超过主合同标的额的20%。[84] 但也有学者指出，这将伤害双方当事人的合意，而且还有可能为公权对当事人意思自治的肆意干涉提供机会，有悖于《合同法》第114条规定的适当减少的本意。违约金若超过实际损失130%的，将会被大幅度减少为主合同标的额的20%，而临界点之下的违约金数额，即使远远超过了主合同标的额的20%也不受任何影响，有失公平与正义。[85]

三　违约金的适用

（一）违约金的适用条件

违约金责任作为从债务，成立的前提是合同有效，主债务不成立、无效、不被追认或被撤销时，违约金债务也就不成立或无效，对此学界毫无争议。存疑的是如下两个问题：

1.是否以过错为要件

（1）肯定说

《合同法》第107条规定了无过错违约责任，故，违约金当然不应以违约人的过错为前提。通说也持这种观点。如认为，违约金责任的成立只需要存在违约行为和违约金约定两个要件即可，无须过错。[86] 或以违约金主要是补偿性质为依据，认为一般不以过错作为违约金责任的承担要件，只要发生了违约行为就应支付违约金。[87]

（2）折中说

认为应当区分类型分析：①若当事人约定违约金的成立以违约方有过错为要件的，依其约定。②《合同法》分则及单行法特别规定违约责任为过错责任时，违约金的成立应当以过错为要件。③惩罚性违约金应以过错为要件。④赔偿性违约金是损害赔偿额的预定，不要求以过错为成立要件。[88]

2.是否以实际损失为要件

（1）否定说

学界多认为，违约金原则上不以实际损失的发生为条件。如认为，违约金与损害赔偿适用条件的差异，就在于是否有实际损害。但当事人明确约定违约金为预定的损害赔偿，则应以实际损失的发生为条件。违约金如果数额过高或过低的，根据实际损失进行增减时，应适当区分惩罚性违约金和补偿性违约金。[89] 或认为，惩罚性违约金非损害赔偿，违约金的适用不以损害的发生为必要；赔偿性违约金为损害赔偿额的预定，当事人约定违约金的目的之一即在于避免证明损害的麻烦，也不应当以损害的存在及其大小的证明为要件。[90]

（2）折中说

该说认为，应区分惩罚性违约金与赔偿性违约金进行分析：惩罚性违约金不以损害的发生为要件；赔偿性违约金是否以损害为要件，应区分违约金的构成要件与举证责任，赔偿性违约金有推定损害发生的效力，故违约方欲不承担责任的，应举证损失不存在，否则应支付违约金。[91]

（二）违约金与损害赔偿金

在违约行为发生时，依据《合同法》第113条和第114条，可能同时产生违约金请求权与损害赔偿请求权，此时债权人应如何行使这两种权利，《合同法》无明确规定。学界讨论主要集中在如下两个问题：

1.违约金与损害赔偿金能否并用？

在违约行为发生时，债权人不能获得双重赔偿是一项基本原则，但同时损害又应全部赔偿。因为违约金与损害赔偿金的数量通常不可能相同，而且两者也未必指向同一种利益，故学界对违约金能否替代损害赔偿金作了深入讨论。

通说认为应区分情形考虑，但对具体情形的区分，学界看法则不同。

一种思路是从违约金的类型入手。认为若违约金主要是补偿性的，则违约金可以替代损害赔偿，违约金的数额明显低于非违约方遭受的损失时，则非违约方可以同时请求支付违约金和赔偿损失；若违约金与惩罚性损害赔偿并存时，原则上债权人只能择一请求。[92] 或指出，可否并用取决于违约金的种类。赔偿性违约金如为抵销性违约金（即预定了损害赔偿的最低数额），可与损害赔偿并存；若为排他性违约金（预定了损害赔偿的最高数额）的，则不能并存。惩罚性违约金当然可以与损害赔偿共存。[93] 或认为不履行的赔偿金与不履行的违约金不能并用；迟延履行的赔偿金与迟延履行的违约金不能并用；瑕疵履行的赔偿金与瑕疵履行的违约金不能并用。[94]

另一种思路是从违约金与损害赔偿金指向的损害入手。对同一种损害（如履行不能）约定的违约金，系此部分损害赔偿额的预定，债权人虽有填补赔偿请求权，但不能行使，因为如允许债权人同时请求违约金与填补赔偿，就会使债权人双重获益。若违约金请求权与损害赔偿请求权所指向的损害不是同一损害，如一个指向给付本身的损害，另一个指向迟延损害或固有利益的损害，此时，违约金可与损害赔偿并用。但其性质还是作为损害赔偿额预定的赔偿性违约金，而非惩罚性违约金。[95] 即，若指向利益并非同一，债权人自得同时主张；若指向利益同一，则不能同时主张。[96]

2.当事人可否选择主张违约金或损害赔偿请求权

当事人订立违约金条款旨在弥补违约后所遭受的损失，但因当事人难以预料到违约后的实际损失，违约金完全可能不足以弥补损失。此时，当事人能否不行使违约金请求权，而直接主张实际损害赔偿？学界观点不一。

肯定说认为，应允许当事人自由选择行使违约金请求权与损害赔偿请求权，因为在约定违约金时，债权人的目的是保证实际履行请求权。违约金请求权构成要件得以满足且该请求权未消灭的，违约金请求权就应发生效力；而在满足违约等构成要件时，损害赔偿请求权也即产生，二者并无谁优谁劣的问题。对于违约金请求权与损害赔偿请求权的选择权，只能由债权人行使，不能由债务人行使，除非当事人有特别约定。债权人选择了行使违约金请求权的，基于禁止不当得利的原理，违约金可计入损害赔偿额，作为最低损害赔偿额。损害小于违约金数额的，也不能缩减违约金请求权。但损害赔偿请求权并不因债权人选择违约金请求权而丧失，对于超出违约金的损害，债权人仍得主张赔偿，但必须根据法定损害赔偿前提进行证明。相反，在债权人首先要求损害赔偿时，违约金数额超过损害赔偿数额的，债权人仍得请求超出损害部分的违约金数额。[97]

否定说认为，违约金为排他性违约金时，必须适用违约金。因为它作为损害赔偿额的预定，是当事人的特别约定。此外，违约金的特别约定还有限定责任的功能，允许债权人任意选择必然使违约金的这一规范目的落空，故债务人有坚持违约金条款的效力的权利。但这并不意味着债权人的损害赔偿请求权即归于消灭，只是强调约定的效力强于法律的一般规定，在特别约定无效、被撤销时，债权人只要具备条件，仍可主张一般法定赔偿请求权。[98]

当事人是否可以选择违约金与损害赔偿金，取决于如何解释《合同法》第114条规定的违约金“低于”实际损失时的调整请求权。若将“低于”理解为不受任何限制，只要两者数量上存在差额就可以调整，则债权人选择违约金与损害赔偿的实际效果相同；若将其理解为“过分低于”，债权人是否可以选择，对其利益就有一定的影响。

（三）违约金与实际履行请求权

违约金是否可以与实际履行义务共存？学者也有不同观点。

肯定说认为，如果当事人没有特别约定在支付违约金后免除履行主债务，则违约金的支付并没有给予债务人违约的权利，债务人不得以支付违约金完全代替实际履行。因为违约金的支付并没有使非违约方获得其基于订立合同所预期的利益，也不可能与其根据合同所应当得到的期待利益相一致，而违约金的重要功能在于制裁违约行为，非违约方在获得违约金后仍然可以要求实际履行，能够充分保护其利益。[99]

折中说从惩罚性违约金与赔偿性违约金的区分及违约形态出发，认为惩罚性违约金可以与实际履行并存；赔偿性违约金则需区分情

形：①若系专为履行不能所作的约定，不能并用。②针对拒绝履行的，且无排斥实际履行的约定，可以并用。但只有在违约造成损失的情形，才可以提出双重请求。③针对迟延履行的，可以并存。④针对不完全履行的，视其结果转化为不能履行还是迟延履行而定。[100] 还有学者论证了这种做法的合理性，如违约金是针对履行不能、履行拒绝约定的，违约金并不使履行请求权消灭，在实际履行不能时，当然只能请求违约金；在履行拒绝时，履行请求权与违约金请求权指向的对象相同，故债权人应择一主张，否则就获取了双份利益。若违约金是针对履行迟延约定的，只要当事人没有特别表明其属于惩罚性违约金，即应推定为对因迟延履行所生损害的赔偿额预定，此时两项请求权指向的对象并不相同，可以同时主张。[101]

（四）违约金与违约定金

《合同法》第116条规定，合同当事人约定了定金和违约金的，债权人只能择一行使。因其规定相对简单，学者在解释论上颇费心力，其目标是对其作限缩解释。

（1）赔偿性违约定金相当于损害赔偿额预定的违约金，与赔偿性违约金的规范目的相同，自然只宜二者择一。[102]

（2）惩罚性违约定金是对违约的惩罚，对违约责任不生任何影响，故可与违约金（不论惩罚性还是赔偿性的）并用。《合同法》第116条将违约金与定金立于二者择一的关系，没有充分考虑定金类型及其规范目的的复杂多样性，宜作限缩解释。如当事人未在合同中明确其违约定金是惩罚性定金还是赔偿性定金，原则上应解释为赔偿性违约定金，但应为最低额的损害赔偿额预定。[103]

（3）定金与违约金针对不同违约行为分别规定的，可以并用。如当事人明确约定定金以拒绝履行、不能履行为定金罚则的生效要件，而约定违约金为逾期履行或不完全履行的违约金时，两者可以并罚。[104]

综观学者对违约金与其他责任方式是否可以并用的讨论，出发点可以归结为两个：一是违约金的性质。惩罚性违约金往往可以与其他责任方式并用，赔偿性违约金则不能。其二，违约金与损害赔偿针对的损害类型（或违约行为）是否相同。不同的，无论何种违约金，均可并用；相同的，则只有惩罚性违约金可并用。

（五）其他问题

1.违约金的累计与吸收

违约金的累计包括两种情形：一是对不同违约行为分别适用违约

金，即当事人在合同中针对不同违约行为分别约定了违约金，在合同履行过程中，一方出现两个以上的违约行为时，如迟延履行和不完全履行。二是在迟延履行的违约金按天计算时。不同违约行为的违约金并用，可称违约金适用累计；持续递增的违约金可称违约金的计算累计。违约金的吸收是指先前的违约形态转化为另一种形态，若两种违约行为的违约金数额不低于实际损失时，则应适用吸收规则，当事人只能择一行使。其根据在于违约金作为损害赔偿金预定的性质与完全赔偿原则。[105] 在我国法框架下，对两种违约行为，适用累计还是吸收，可借鉴刑法上的数罪并罚规则，即以违约造成的总损失为出发点，同时受《合同法》第114条规制。

2.持续递增的迟延履行违约金债权的诉讼时效起算

在合同实践中，当事人往往对迟延履行约定适用违约金。若采固定金额违约金，因为违约金债权为主债务的转化，其诉讼时效自然取决于主债务的诉讼时效，不生疑问。但是，若当事人约定逐日计算违约金的，其诉讼时效如何起算则颇为疑难。学界存在“多个债权”说与“单独债权”说之争。

1.多个债权说

鉴于这种违约金为继续性债权，为精确计，可把每天的违约金作为一个“个别债权”，单独适用诉讼时效，起算点为次日。为免计算麻烦，可以把一个月的违约金作为一个“个别债权”，每个月的违约金债权单独适用诉讼时效，时效起算点为下个月的第一天。[106] 这种方法对债权人有利，尤其在开发商迟延交付房屋时。

2.单独债权说

反对意见则认为，多个债权说存在如下问题：首先，与当事人的真意不合，当事人的这种约定看不出其有“一日一结”的意思，且也没有这样的交易习惯。其次，按日确定履行期限，按照“期限代人催告”的规则，势必会进一步发生迟延利息问题。最后，“多个债权说”用于确定诉讼时效也存在缺陷，如违约状态持续两年以上的，可能罹于诉讼时效。以日为单位认定违约金债权的个数，有多少天就会有多少个债权，就需要单独计算多少个诉讼时效。为了避免此麻烦，该说主张可以把一个月的违约金作为一个“个别债权”，显然具有相当大的随意性。多个债权与单个债权的差异还体现在，前者认为违约金是有履行期限的债权，分别适用诉讼时效，诉讼时效最早的起算点是最初的违约行为发生的次日；“单个债权说”则认为，它属于无履行期限的债权。[107]

对“多个债权”说的其他反驳意见是：违约金债权是次债权，房屋

租赁、水电煤气使用等继续性合同所产生的继续性债权是主债权；房屋租金等债权大多有明确的履行期限，按日计算的违约金债权则无履行期；房屋租金、水电煤气使用费等合同的每一期债权都可以看成是一个新债，而违约金债权对应的是同一个违约行为，债权人享有的是同一个请求权。故，不能适用继续性合同中的债权诉讼时效规则。在司法实践中，对诉讼时效起算问题的处理有三种方法：一是自违约时起算，但这意味着在违约之日2年后的迟延履行违约金，尚未产生就已经罹于时效。二是按未约定履行期债权对待，即从主张被拒绝之日或宽限期满之日起算，依据是《关于审理民事案件适用诉讼时效制度若干问题的规定》第6条，但它忽略了损害赔偿之债作为次债务与主债的区别，两者的诉讼时效应一致。三是从债务人实际履行之日起算，但若出现给付不能、合同解除、债务人拒绝履行时，诉讼时效难道要一直延续？故应从履行迟延终了之日起算，履行迟延终了既包括债务人实际履行，也包括履行不能、拒绝履行、合同消灭等多种事由。只有当债权人提出请求，从而使违约金金额固定下来时，诉讼时效才开始起算，债权人的这种“固定金额的选择权”被视为一种形成权。[108]

四　违约金的调整

（一）违约金高于损害赔偿金时的调整

1.调整的必要性

《合同法》第114条和《合同法司法解释二》第27—29条规定了违约金的调整。违约金有调整的必要，是学界的共识。

调整的出发点是合同正义与诚信理念。申言之，基于等价交换原则，受害人不应获得不当利益，违约方也不应在其造成的损害之外承担责任；而且，任由当事人约定，可能使违约金约定变成为赌博，无异于鼓励当事人依靠不正当的方式取得利益，同时也会诱使一方为取得违约金而故意促使对方违约，从而与公正、诚实信用原则相悖。违约金的调整可以使违约方从不合理的违约金责任中解脱出来。[109]　诸多学者也同时强调违约金干预的限度、“振幅意识”或节制态度，或认为依据合同自由原则，任何违约金一经约定，都是有效的，法院和仲裁机构无权宣告违约金条款无效。[110]

2.调整请求权的性质

对当事人的违约金调整请求权的性质，学界有两种观点。

一是请求权说。守约方单方请求法院增加违约金的数额并不发生数额增加的效力，这是它与可撤销合同中的变更权、瑕疵给付时的减价请求权的不同之处。[111]

二是形成权说。当事人一方申请调整违约金的权利，其性质是一种形成诉权，即以形成诉权形式表现出来的形成权。[112]

上述对立的原因在于，是否将违约金的调整视为合同变更的一种，若将违约金条款界定为显失公平，则可能将其界定为《合同法》第54条确定的形成权之一。

3.请求的方式

调整违约金的请求应采取何种方式，《合同法》未设明文。有法官认为，当事人在诉讼中未违约的抗辩，也可视为请求。[113]

《合同法司法解释二》第28条明确规定，反诉与抗辩均可作为请求方式。因违约金的调整采当事人主义，只要当事人的行为包含了调整违约金的意思，无论是起诉还是抗辩，书面还是口头，都可以认定其请求调整的意思。现行法虽没有明文规定请求提出的时间，但从“反诉与抗辩”的措辞中，可推出应在庭审辩论之前提出。

4.部分履行时违约金的调整

如果过高的违约金是一笔总数，而违约行为体现为部分不履行的，有学者指出，此时应根据具体情况，适当减少违约金数额。但应根据违约造成的损失来调整违约金数额，而不是根据已经履行的比例来进行扣减。因为违约金是为担保债务的履行而设定的，而不是根据履行的数额来确定的。[114]

5.限定损害赔偿的特殊规则之适用

对限制损害赔偿的法定规则能否用于违约金的调整，有学者指出，赔偿性违约金在性质上既属于损害赔偿额的预定，故有关限定损害赔偿范围的特别规则，包括过失相抵、减损规则及损益相抵规则，对赔偿性违约金也应适用。因为违约金只是当事人为了避免就损害的发生及其数额的举证而事先达成的合意，并没有因此排除限定损害赔偿的特殊规则适用的意思。而且，法官适用过失相抵、减损规则及损益相抵规则，酌减违约金，并不以被告请求为前提。[115]

（二）违约金低于损害赔偿金时的调整

《合同法》第114条同时允许调高或调低违约金数额，且在违约金低于实际损害赔偿金时，字面上并不要求“过分低于”。若认为违约金“低于”实际损失就可以调整，必然使违约金与赔偿损失趋同，最终

使约定赔偿性违约金的价值大为减损。故，有学者指出，若违约金低于实际损失均可请求调整，在实践中可能造成当事人寸利必争、缠讼不休的恶果。[116] 可见，若只要有差额就准予增额，必然使违约金的规范目的落空。而且，预定额低的违约金约款，实际上是一种限责条款。只要是当事人的真实意思表示，且不违背诚实信用、善良风俗等基本原则，通常是有效的。当司法对违约金数额予以增加时，无疑是在以公权力变更私人的意思，是对私人自治的干预。[117] 职是之故，违约金只有在“过分低于”实际损害时才能予以调整，但《合同法司法解释二》第28条的措辞与《合同法》第114条一致。

（三）违约金调整中的特殊问题

1.无损失时违约金的调整

违约行为有时未必给对方造成损失，如卖方不能交付标的物，但标的物市场价格急剧下跌。如前所述，学界对违约金的成立不以损失为前提，争议不大。但在无损失时，违约金如何调整，学界看法则不同。

一种思路是区分违约金的性质，主张区分情形具体分析。在惩罚性违约金场合，该违约金不以损失的发生为必要，因而不管有无损失发生，违约金都不得被免除。作为预定损害赔偿金的违约金，若没有损失或损益抵销，违约方没有故意时，可以免除。[118] 或认为，对赔偿性违约金，“实务上可以保守一些，不应全部免除”。[119]

一种思路则主张均应“适当减少”。由于《合同法》第114条第2款仅规定债务人可请求裁判机构“适当减少”违约金，而不要求违约金与债权人的损失完全相等，故在债权人没有遭受损失时，债务人亦仅得请求“适当减少”违约金的数额，而无权主张完全取消违约金。[120] 或主张此时以预期利益损失为基础考量违约金，即以预期利益损失的1.3倍支付违约金，相对比较公平。[121] 但若有预期利益的损失，则应不构成“无损失”的情形。

也有学者另辟蹊径，认为违约金调整规则中的实际“损失”应当包括所有损失，无论在法律上是否应赔偿。如丧失商誉的损失、因违约造成的工作不便的损失等。[122] 果如此，则违约不造成损失的情形殆近于无。

《合同法》第114条以“违约金过分高于实际损失”为前提，在无损失的情形自然难以适用本条规定。此时，若认定违约金为赔偿性违约金，则债权人难以得到赔偿；若认定为惩罚性赔偿金，自然可以得到赔偿。若予以调整，只能勉强依据《合同法司法解释二》第29条第1款，“以实际损失为基础，兼顾合同的履行情况、当事人的过错程度

以及预期利益等综合因素，根据公平原则和诚实信用原则予以衡量”。

2.“假一罚十”约定的法律效力

学界对“假一罚十”约定的效力，意见针锋相对。否定说认为，它违反了《消费者权益保护法》第49条；违背了实际赔偿原则和公平、诚实信用原则。[123] 肯定说则认为，《消费者权益保护法》第45—49条规定了消费者因欺诈可以获得两部分赔偿：一是消费者因欺诈所支付的合理费用损失，二是其他损失。一倍赔偿并不是经营者承担违约金责任的上限。因该损失难以举证或计算，故不具备违约金变更规则的适用条件。同时，经营者较消费者而言更具有强势地位，《假一罚十》的承诺由其自愿作出，经营过程中又存在欺诈，因此不能变更。[124]

肯定说对违约金适用增加了一个“可以计算或证明”的条件。法律上的损失当然是可以计算的，若不能举证其数量，则可认定为损害不存在。将《消费者保护法》第49条解释为法律对惩罚性赔偿的下限规定（当事人不能排除），当事人可以约定超过底限的赔偿金，应契合法律保护消费者的宗旨。

3.《合同法》第114条的约定排除

有学者持赞同意见，认为当事人可以约定，违约金高于违约带来的损失时，违约人放弃要求调整的权利。[125] 肯定惩罚性违约金的学者，多肯定当事人可以排除对违约金数额的法定调整。如认为违约金不因具有惩罚性而可宣告无效，故违约方没有要求调整数额的，依照私法自治原则，应予许可。[126]

五　评论

违约金是国内合同法学研究最深入的领域之一，几乎所有论题都被精细研究过。尽管如此，依然有很多问题没有达成共识。

1.违约金与约定的损害赔偿金

《合同法》第114条第1款后段规定：当事人“也可以约定因违约产生的损失赔偿额的计算方法”。对应前段规定的当事人可以约定“一定数额的违约金”，似为对违约金两种约定方法的规定：一是约定一笔固定的数额；二是不约定具体数额，但约定计算方法，如迟延履行按日计算。

主张第114条同时规定了违约金与约定的损害赔偿金的理由，主

要是认为违约金并非损害赔偿的预定，它与实际损害的数量不可能完全一致，违约金约定过高过低时可以调整。但约定损害赔偿金同样也不可能与实际损失数量相同，若约定过低过高时，自然也应按照第114条第2款予以调整，因为第114条第2款明显针对的是第1款的两种约定。所以，将其解释为同时规定了违约金与约定的损害赔偿金，认为约定损害赔偿金不适用第114条第2款，在法律适用上可能造成困难。在实践中，违约金约定应循名责实，无论当事人约定的名称是什么（如损害赔偿金、特别赔偿金等），只要符合违约金实质要件的，都应作为违约金处理。若合同同时约定损害赔偿金和违约金，也应全部作为违约金条款处理。

2.违约金的独立性

违约金条款是合同主债务之外的、附条件的约定，以一方违约为成就条件。学界也多认为，它是从合同。虽然附条件债务多为独立债务，但违约金债务却为从债务（合同），因为它以主合同生效为前提。在主债务无效、被撤销时，违约金请求权的“条件”就不可能成就，违约金条款也因失去依附而归于消灭。在合同解除时，违约金债权不受影响，但这并非意味着违约金条款可以与合同主债务切割而作为独立的部分。如合同解除与违约金并用的理由，在于违约金之债因违约而成就，而且当事人根本没有免除对方违约责任的意思。故，违约金约定采取合同条款方式，还是独立的合同方式，都不影响其从合同性质。成问题的是，在债法总论框架下，违约金债务系主债务转化而来，是第二性债务，这与违约金的从债务性质如何协调？

此外，值得注意的是不真正违约金约定。它的目的是将法律不调整的社会关系，通过合同方式约束当事人。如约定一方不饮酒若干，就支付违约金。这种约定并不能使社交行为具有法律意义，而且这种违约金约定似乎也并不具有独立性。

3.违约金是否为从债务

学界多认为，违约金系从债务。但若按照大陆法系理论，违约金系合同主给付义务转化而来的第二性义务，如替代履行，或与继续履行一道构成新债务，与合同主给付义务保持了同一性。由此可认定违约金并非从债务。这一界定对处理违约金债权的诉讼时效颇有助益。

4.赔偿性违约金与惩罚性违约金的区分

学界对“赔偿性违约金”与“惩罚性违约金”的区分，迄今没有定论。何谓惩罚性？从完全赔偿角度出发，只要超过了完全赔偿的，无论是赔偿数量高于实际损害，还是责任方式的并用，都应该认定为具有惩罚性。《合同法》第114条第2款规定的违约金调整，虽然是从金

额入手，而非从责任并用方式着眼，但责任方式并用的结果，完全可能使违约金过分高于损失。

判断违约金约款是否为惩罚性赔偿金，最好的方式当然是诉诸当事人的目的。当事人的真意有时较容易判断，如约定了明显高额的违约金，或明确表示违约金与实际履行、损害赔偿并用。但通过合同文本中常常难以判断违约金的数额是否具有惩罚性，这见于当事人仅约定了违约金数量的场合。因为当事人在缔约时无法准确计算违约行为造成的损害，可能出现的一种情形是，当事人本来欲约定惩罚性赔偿，但其约定的数额却低于实际损害赔偿金。“结果论”从违约后果出发判断，当然更为准确，但可能将当事人本无惩罚性目的的违约金认定为惩罚性违约金。如对无损失时的违约金是否为惩罚性违约金，依“结果论”，则为惩罚性赔偿。依“目的论”，既可能是惩罚性违约金，也可能是赔偿性违约金，完全取决于当事人订立违约金条款时的真意。

此外，学界较普遍认为，在迟延履行场合，违约金具有惩罚性。但是，若迟延履行造成了损害，当事人请求实际履行与迟延履行损失并没有使其获得超额赔偿，违约金即为赔偿性质。而且，在其他违约场合，如不完全履行，若以违约金代替修理、更换等补正履行请求权，违约金自然是赔偿性的；若当事人同时请求对方修理并请求支付违约金的，违约金可能体现为因修理而造成的迟延履行的赔偿，也是赔偿性违约金。可见，违约金是否具有惩罚性，不在于它系针对何种违约行为约定的，而取决于对《合同法》第114条第2款的理解：若认为违约金只要高于实际损害，就具有惩罚目的，那么，无论对何种违约行为，《合同法》都许可违约金具有一定程度的惩罚性。

5.惩罚性违约金的效力

惩罚性违约金上的真正问题，是当事人能否排除《合同法》第114条的适用？若可以，则惩罚性赔偿将完全获得法律承认。就细节而言，还有如下问题值得思考：

（1）惩罚性违约金与惩罚性定金。我国现行法规定，定金应在合同标的的20%之内，对此没有引起争议。但20%的约定与违约金一样，与实际损失肯定会有出入，过分高于实际损害的情形并不鲜见，如在交易额巨大的并购合同、建设工程施工合同中。这表明定金罚则的适用可能具有强烈的惩罚性，但很少有人质疑其公平性。最高法院《买卖合同司法解释》第28条也只是规定：“买卖合同约定的定金不足以弥补一方违约造成的损失，对方请求赔偿超过定金部分的损失的，人民法院可以并处，但定金和损失赔偿的数额总和不应高于因违

约造成的损失”，对过高的定金则没置一词。定金如此，违约金何不如此？

（2）惩罚性违约金与避免对方从违约中渔利。若法律只承认赔偿性违约金，当事人完全有动力选择违约，而惩罚性违约金则恰好具有避免一方违约的功能。但是，若承认惩罚性赔偿，则违约方可能尽量扩大违约损失，使其接近于违约金。

（3）《合同法》承认部分免责条款的效力，一方对其造成的违约损失可在一定情形免责，何以不能反过来承认惩罚性违约金？

（4）惩罚性违约金与《合同法》第114条的适用。惩罚性违约金若适用第114条，则其惩罚性意义将大为削弱。《合同法》第114条是任意性规范还是强制性规范，值得思考。若认为该条仅适用于赔偿性违约金，则其规范意义何在？

（5）若对惩罚性赔偿金适用《合同法》第114条，或适用显失公平制度，则应采用何种标准？若依《合同法》第114条和《合同法司法解释二》第29条的标准，则惩罚性的意义何在？另外，是否可以考虑区分民事合同与商事合同（如“假一罚十”）、风险类型不同的商事合同？如在所谓的“价值调整协议”（Valuation Adjustment Mechnism，简称VAM，俗称“对赌”协议）中，违约金条款与当事人权利义务条款实际上难以区分，且违约金往往非常高。对这种违约金，法律似应宽容，以扶持金融创新与产业发展。[127]

6.持续递增的迟延履行违约金的诉讼时效

从法教义学角度看，持续递增的迟延履行违约金，其诉讼时效起算点的症结在于：

（1）违约金作为从合同与违约金作为违约责任的方式是否有冲突。通说认为，违约金为从合同，违约金债务为从债务。因此，主债罹于时效，从债也罹于时效。如在中国现行法同时采用保证诉讼时效与保证期间的框架下，主债罹于时效，保证人可以提出时效抗辩；但保证责任罹于时效的，主债则未必罹于时效。因此，单独讨论违约金债权的前提为：迟延履行的违约金作为一种违约责任，是主债务的转化形态，也是一种新债务，故其诉讼时效不取决于主债。但这种违约金债权的产生是以合同请求权为基础的，若合同请求权已罹于时效，违约金债权难以源源不断产生。否则，在瑕疵履行时，瑕疵状态一直持续，难道债权人的补正请求权的时效也与合同请求权无关？

（2）违约金债权的期限。若违约金债权与主债的诉讼时效可以分离，它就只能是无期限的债权，完全取决于债务人何时履行。债权

人提出违约金债权请求，只能确定已发生的违约金债权的履行时间。在主债务履行之前，违约金债权一直持续，债权数额处于不确定状态。这与无履行期限的债权不同，因为后者的数额是确定的。

（3）是否可用通过实际履行或迟延履行的最终状态，来认定违约金债权的诉讼时效。这种做法存在的问题是：若债权人在主债权的时效期间内起诉，违约金债权就不存在时效问题；若债权人在主债权的时效期间内没有起诉，则实际履行请求权罹于时效，债务人可以不履行，最后的履行状态不可能成为诉讼时效的起算点。

（4）违约金债权与其他持续发生的债权，其时效起算点的共性。如在侵害占有的不当得利之债中，使用占有物利益数额也取决于时间长度，若债权人没有及时提起不当得利之诉，对使用利益，是否也可适用违约金债权一样的时效规则？

从价值立场看，这一问题之所以引起关注，是为了保障债权人的利益。问题在于，诉讼时效的整套制度对债权人的保护是否不足？尤其是我国现行法上的诉讼时效是从权利人知道其权利被侵害及知道债务人时才起算，这一规则有无必要突破？

7.违约金的调整

（1）请求方式

在司法实践中，被告面临违约金请求时，可能并不提出违约金调整请求，而是抗辩合同无效、可撤销或不成立等，主张自己不应当承担任何违约责任。若法官认定合同有效，而且被告的行为构成违约，被告的抗辩能否认定为系违约金调整？最高法院《关于正确适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释（二）服务党和国家的工作大局的通知》（法发［2009］165号）规定，此时法院可以就当事人是否需要主张违约金过高问题进行释明。其实，即使被告依然不请求调整的，鉴于被告认定自己不应承担违约金责任，那么，任何数额的违约金责任对其都过高，所以应当认定这种情形属于《合同法司法解释二》第28条规定的“抗辩”。

（2）“过分高于”的判断

《合同法司法解释二》第29条第1款规定，违约金“过分高于”的判断标准是综合性的，即“以实际损失为基础，兼顾合同的履行情况、当事人的过错程度以及预期利益等综合因素，根据公平原则和诚实信用原则予以衡量，并作出裁决。”由此，当事人履约的主观态度、违约及履约情况、经济状况等因素都在考量之列。第2款规定，若违约金超过实际损害30％以上的，一般可以认定为“过分高于造成

的损失”。第1款当然应优先于第2款适用，即，并非违约金为损失的130%以上才能调整，以下就不能调整。有疑义的是，若违约金为损失130%以上的，法院应将违约金调整至130%还是调整为100%？若按后者，违约金超过损失的29%，法院不调整的，则违约方将多支付29%的损害赔偿金；而违约金超过损失的31%，法院调整的，则违约方将按照实际损害支付赔偿金。

第三节　双方违约与第三人原因违约

一　双方违约

（一）双方违约与过失相抵

《合同法》第120条规定了双方违约制度，但没有规定一般性的过失相抵制度。梁慧星教授指出，过失相抵“从其内涵上讲要比双方违反合同有用得多”。[128] 也有学者指出，在合同法领域，过失相抵与双方违约可能完全重合，但过失相抵是双方互负损害赔偿责任时的责任抵销，而双方违约的责任并不限于损害赔偿，还包括强制实际履行等其他责任方式。[129]

学界大多支持适用过失相抵。[130] 但是，《合同法》对违约责任采无过错原则，故在违约责任领域能否适用该规则存在疑问。有学者持肯定说，但因为无过错责任不考虑过错，过失相抵比较的不再是过错的大小，而是原因力的强弱。[131]

从逻辑上说，过失相抵适用于同一损害，加害人与受害人均有过失。但双方违约适用的情形通常是各自给对方造成损害，当然也有双方违约只造成一方损害的情形。如在承揽合同中，定作人提供的图纸有误，承揽人的加工方法不当，导致工作成果不合格。可见两者功能并不相同，若现实中存在双方违约，则两者可以共存。

（二）双方违约是否存在

在双务合同中，既然双方都承担义务，在理论上双方当然都有违约的可能。但是，《合同法》明文规定了双务合同中的抗辩权，一方违约可能引发对方合法的抗辩权，故产生了双务合同是否存在双方违约之争。

在《合同法》制定之前，梁慧星教授就指出，双方违约在理论上是错误的，在实践上是有害的，应予废除。债权人在对方未履行义务

时，享有同时履行抗辩权和不安抗辩权，拒绝履行义务为正当行使抗辩权，不构成违约。而且，在实践中，法官往往利用双方违约迫使受害方让步，致使受害方利益得不到充分的保护。[132] 晚近也有学者认为，双方违约不仅与合同不履行抗辩权冲突，而且与受领迟延、违约救济制度不协调。在一方违约时，另外一方要么可以通过先履行抗辩权排斥自己的迟延履行责任，要么可以解除合同，不存在双方违约的余地。因此，《合同法》第120条解释为过失相抵的规定比较恰当。[133]

学界通说却肯定双方违约的存在。如指出，产生双方违约的原因主要有：①双务合同存在一些彼此独立的、不具有牵连性的义务，当事人各自违反这些义务时，既不能适用同时履行抗辩权，也不能适用不安抗辩权，就会产生双方违约。②双方均作出了履行，但履行都违约。③一方违约，另一方受领迟延。④一方违约，另一方违反了合同约定的不得妨碍对方履行的义务。[134] 或将其双方违约总结为三种类型：一是双务合同当事人均违反不具有牵连性与对价性的义务。如某房屋租赁合同约定，出租人应在合同订立后30日内，向出租人出具其享有房屋所有权的证明文件，否则视为违约。后出租人没有履行这一义务，承租人据此主张先履行抗辩权，拒付租金。因租金与出示证明文件无法构成对待给付，故此时双方之间成立双方违约。二是案件存在抗辩权适用的余地，但权利人没有行使抗辩权。如在房屋租赁合同中，出租人交付的房屋不符合合同约定，承租人一方面要求承租人修缮，一方面用过期的支票支付租金，导致迟延履行。三是案件存在履行抗辩权的适用余地，但权利人明示放弃了抗辩权，在相对人违约时又拒不履行自己的债务。[135] 或概括为：双方违约主要适用于双务合同中不能行使或者错误行使抗辩权时，如履行抗辩权消灭后，当事人仍不履行义务。[136]

二　第三人原因违约

《合同法》第121条规定：“当事人一方因第三人的原因造成违约的，应当向对方承担违约责任。当事人一方和第三人之间的纠纷，依照法律规定或者按照约定解决。”它源于《民法通则》第116条，但将后者使用的“上级机关”扩大到“第三人原因”。

（一）第三人的范围

学界对“第三人”的界定有较大差异，相关观点可概括为如下几种：

1.不限定说

最常见的表达之一，是将其限定为“与当事人有（法律）关系的第三人”。[137] 或认为，《合同法》采取了严格责任，第121条中的“第三人”没有任何字面限制，除履行辅助人以外，还包括其他第三人。[138]

2.限定说

学者的限定也略有不同。较多学者认为，第三人为债务履行辅助人，包括代理人和使用人两类。[139] 反对意见则认为，履行辅助人不属于第三人，其违约应适用《合同法》第65条（由第三人履行）。二者的显著区别在于：第三人履行的是自己的义务，后果归属于自己；而履行辅助人则是帮助债务人履行，后果归属于债务人。[140]

另一种较为宽泛的限定认为，“第三人”应具备以下构成要件：第一，必须与合同当事人存在一定的法律联系，如履行辅助人等；第二，当事人之间存在合法有效的合同关系。履行辅助人、上级机关及与债务人有一定法律关系的第三人，如合伙关系、共有关系、代理关系、共同担保等，但不包括侵害债权的第三人。[141]

（二）存废论

尽管立法目的非常明显，但学者在立法论与解释论上，对该条都存在争议，最大争议在于“债务人能否以第三人原因为由主张免责，以及第三人原因的范围如何界定”。[142] 学界对该条规范的态度，可以概括为如下三种：

1.维持论

学界多认为，《合同法》第121条确立了合同相对性原则。如按梁慧星教授的解释，该规定的主要目的是体现合同相对性原则，防止将合同以外的第三人拉入诉讼（详见本书第二章第三节“合同相对性”）。[143] 《合同法》并未对债务人因自己及其履行辅助人原因违约和第三人原因违约进行责任划分，而统一规定为由债务人承担违约责任，这实际上是将合同相对性原则绝对化了。[144] 另有学者认为，它确立了债务人为通常事变负责的规则。[145]

2.限制论

学界很早就意识到对“第三人”进行限制解释的必要性。“在债务人被他人伤害致其不能履行合同等情况下，债务人不必向债权人承担违约责任”。[146] 有学者认为，第三人原因既可能为不可抗力，也可能是通常事变。如在债务人具有看管义务的合同中，包括保管、承揽、租赁、委任、旅店寄托等情形，债务人对第三人原因造成不履行债务承担违约责任。而对其他合同应采风险负担规则，准用买卖合同中风险

负担规则。[147]

一些法官在审判实践中也意识到了限制的必要性，认为对第三人原因造成的违约行为，提起违约之诉的，应当将合同第三人列为案件第三人参加诉讼。由合同违约方承担违约责任时，第三人应承担责任。[148]

针对理论与实践中对该条“第三人原因”的不当扩大，有学者指出，该条可从如下方面予以限制：首先适用于“违约”，且该“违约”是第三人原因引起的；其次，若第三人原因构成不可抗力，则排除第121条的适用；再次，可从严格责任的角度，限缩第121条的适用范围。《合同法》分则规定的违约责任为过错责任时，就应排除第121条的适用（因其以严格责任为前提）；委托、保管等以过错责任为前提的债务人，无须就通常事变负责。但之所以该条不能废除，其原因有二：一是第121条虽然并不是合同相对性的完整表述，但至少学说和审判实践都已将其作为合同相对性的重要规范依据之一，若将其删去，必然会面临相应的规范依据问题。二是若删去该条，举证责任方面也可能发生一些变化。如保留该条，因第三人原因违约，合同当事人原则上应当承担违约责任，除非债务人主张并证明其符合特定的免责条件。相反，如删除该条，因第三人原因违约是否应当承担责任，将不得不求助于合同的约定或解释。[149]

3.废除论

有学者从“债权—债务构成”和“合同构成”入手讨论这一问题，认为前者将所有种类的债一视同仁，强调债权为履行请求权，其范围是无限的，必须履行。限制履行请求的依据，只能在合同拘束力之外寻找，如诚实信用、权利滥用等。在“债权—债务构成”下，因第三人原因造成的给付目的不能实现的风险，主要通过当事人过错来分配。但在合同构成下，债务人之所以负担损害赔偿责任，不是因为有过错，而是因为通过合同承接了债务，不履行债务本身就是可归责的。因第三人原因造成的给付不能，其风险是通过对合同内容的确认来实现的。即第三人原因所造成的给付障碍，若属于被债务人承接的债务内容，则构成违约；若原本就不属于合同的内容，当然不构成违约。换言之，第三人原因造成的违约是否被认定为违约，是合同内容的确定问题，不能由法律规定，适用《合同法》第107条关于违约责任的一般规定即可，没有必要规定《合同法》第121条。《合同法》立法者强行介入了当事人对给付障碍风险的分配，但又采取了无过错主义，使法解释者无法用“过错”调节当事人的责任，从而导致债务人所承担的债务变成了不可思议的超级债务。此外，该条的缺陷并不能通过限缩解释来克服。由于“第三人的原因”千变万化，既不能确立平均状

态，亦不能归类出一般规则，任何试图通过类型化地解释来限制《合同法》第121条适用范围的努力都是徒劳，“解决问题的出路只有一条，那便是删除该条文”[150] 。

（三）与《侵权责任法》的衔接

《侵权责任法》第28条涉及第三人行为，第37条涉及安保义务，它们都与《合同法》第121条有密切关系。对两者关系的讨论，也是晚近《合同法》研究的一个热点。

有学者阐明了《合同法》第121条与《侵权责任法》第37条在适用上的具体差异。即援引第121条要求旅店等营业者承担违约责任时，旅店等承担直接责任，其赔偿范围受《合同法》第113条的限制；若援引《侵权责任法》第37条，承担的可能是“相应的补充责任”。解决这一冲突有两种思路：一是把第121条中的“违约责任”解释成“补充责任”，可以消除矛盾，但这明显有违合同相对性原理。二是把《侵权责任法》第37条的责任解释为直接责任，但宾馆等安全保障义务人何以要承担超出自己责任以外的补充责任，依然无法解决。最后，可认为合同一方遭受第三人侵害、另一方负有合同上的附随保护义务时，侵权人与合同当事人成立不真正连带债务，并不适用补充责任，但何时适用不真正连带债务，何时又构成补充责任，仍然未能明确区分。“正因为无法通过解释论完全消解《合同法》第121条与《侵权责任法》第37条之间的鸿沟，第121条的存废也就成为问题。”[151]

《合同法》第121条的适用，是否会使《侵权责任法》第37条的适用范围无限扩大，有学者表示了隐忧。认为在过错要件已客观化的情形，讨论安全保障义务是否属于过错责任已经没有意义。《合同法》第122条宣称了合同责任与侵权责任的竞合，被害人追究“宾馆、商场、银行、车站、娱乐场所等公共场所的管理人或者群众性活动的组织者”的违约责任时，按照《合同法》第121条，债务人应无条件地对第三人原因造成的给付目的不能实现承担违约责任。可见，不加修正地适用《合同法》第121条，会实质上造成安全保障义务中的“过错”要件被架空，导致安全保障义务的绝对化。“简单适用《合同法》第121条所带来的后果，远不止对债权侵害理论的破坏。对121条不加限制地理解，还将导致另一个恶果，那便是为安全保障义务的绝对化倾向推波助澜。”[152]

三　评论

《合同法》第120条与第121条对双方违约与第三人原因违约的

规定，在实务中至关重要，学界的深入讨论殊有必要。

1.双方违约

双方违约是否存在，论争的核心在于履行抗辩权是否可以全部消除双方违约。因为履行抗辩权的意义就在于排除不履行的行为构成违约，所以抗辩权若正确行使，当然不存在双方违约行为。

但是，双方违约客观上确实存在。主要见于如下两种情形：

一是抗辩权不当行使，则可能构成双方违约。如依据诚实信用原则，履行只有微小瑕疵的，对方不能行使履行抗辩权，此时若行使，则构成双方违约。但是，若一方本可行使抗辩权但没有行使，并履行了债务的，不应构成双方违约。如买卖合同没有约定双方的履行顺序，卖方交付的货物有瑕疵，买方没有发现，迟延几天后付款，买方此时可行使同时履行抗辩权。即使买方没有主张，若采抗辩权的存在效果说，买方无须主张抗辩权，就发生阻却违约的效力，且买方的行为无法推定有放弃抗辩权的意思，故买方迟延付款不构成违约。

二是双务合同中双方均违反非牵连性义务，或一方违反非牵连性义务，另一方违反牵连性义务。因为两个债务不具有牵连性，任何一方都无法行使履行抗辩权，此时可以构成双方违约。

最后，在个别情形，双方同时履行了义务的，也可能构成违约，如假钱买假货。

2.《合同法》第121条的存废

《合同法》第121条在计划经济体制下，可以通过私法工具有效回应行政干预，捍卫合同的权威。但在市场经济制度情景，“第三人”主要是私人主体，有无必要单独规定，似应考量如下因素：

（1）是否将其作为合同相对性原则的一般性宣示条款？立法若有必要宣示合同相对性，似乎也没有必要通过“第三人原因”违约这种方式来界定，而完全可以在“一般规定”中予以界定。

（2）本规定除了宣示合同相对性以外，还有没有其他功能？《侵权责任法》明确将第三人行为作为抗辩事由，《合同法》第121条可视为第三人行为在违约责任中的对应规范，两者构成一个整体。更重要的是，本条可以理解为法定风险分配规则，发挥与《合同法》第107条规定的无过错违约原则相同的功能：在第三人侵害合同标的物或侵害合同当事人（提供劳务的合同中）等导致债务不能履行的场合，只要第三人行为不构成不可抗力，违约方就应承担违约责任。

（3）若保留这一规定，如何防止“第三人原因”不当扩大，损害

违约方的利益？对第三人应予限制，基本成为学界的共识。但如何限制，学界观点尚不统一。将第三人限于违约方的雇佣人或使用人的思路，其问题或在于我国法不仅没有采用类似概念，而且“雇佣人”或“使用人”也难以认定。诸如连环交易中的第三人很难被解释为违约方的“雇佣人”或“使用人”。进一步说，即使将第三人扩大为与违约方具有“合同关系”的人，也难以涵盖第三人的全部范围，如第三人损害合同标的物导致合同不能履行的，因我国并没有明确第三人侵害债权制度，为保护合同相对人的利益，适用本条规定也并无大碍。可见，在解释上，“第三人”可以纳入侵权人。

3.第三人原因违约与安全保障义务的协调

《合同法》第121条与《侵权责任法》的协调，涉及如下问题：

（1）安保义务的范围。首先应区分专门以保障相对方安全为给付义务的合同（如保安合同）与其他合同。在前者，第三人侵害合同当事人的财产或人身的，债务人自然构成违约；在后者，合同当事人的安保义务是法定的，其范围与内容取决于《侵权责任法》第37条的解释与适用。《合同法》第121条中的第三人若不作有效限制，将无限制扩大安保义务的范围，架空《侵权责任法》第37条。

（2）违约责任与侵权责任的构成。《合同法》中的违约责任为无过错责任，而违反安保义务的侵权责任为过错责任；前者为直接责任，后者为补充责任。两者的构成要件与法律效果差异显著。这一矛盾应通过限制《合同法》第122条来解决：

其一，若合同的目的是为当事人提供安全保障的，第三人侵权不应适用《侵权责任法》，而应适用《合同法》，以避免适用过错责任导致免责，导致受害人无法得到赔偿。

其二，其他类型的合同中的第三人侵权，关键是认定侵权是否构成合同一方的“违约”，即一方是否违反了保护义务。此时应排除《合同法》第60条有关附随义务（体现为保护义务）的适用，而直接依据《侵权责任法》来认定安保义务的范围，以防止其范围不当扩大。

其三，《合同法》分则的具体规定，也应作限制解释。如《合同法》第302条规定，承运人应当对运输过程中旅客的伤亡承担损害赔偿责任，但伤亡是旅客自身健康原因造成的或者承运人证明伤亡是旅客故意、重大过失造成的除外。在这种竞合情形，应优先适用《侵权责任法》第37条，以限制承运人的义务。

第四节　其他问题

一　减价

《合同法》第111条将“减少价款或者报酬”作为瑕疵履行时的一种普遍适用的违约救济方式，但对减价如何具体操作，则没作明确规定。学界晚近对其讨论较多。

（一）权利的性质

1.是否为违约责任

通说认为，一方交付的标的物或提供的劳务不符合合同约定的，债权人请求减少价金或酬金，体现了给付与对待给付之间的均衡，是基于物有所值、按质论价原则对给付与对待给付所作的调整。[153] 但减价是否为违约责任的承担方式，学界存有争议。

反对说认为，减价只是使违约方交付的商品或劳务符合其应有的价值，而不是使违约方承担某种责任，故，它是一种补救方式。[154] 肯定说认为，它是一项违约责任，而非独立的或相对独立的物的瑕疵担保责任。减价应区分为减价的过程与减价的结果。就后者而言，通过减价使债权人受到保护，而使债务人负担一些不利益，这个法律后果本身正是违约责任。[155]

针对这种从违约责任取代瑕疵担保责任的观念出发对减价的定位，有学者认为，若认为违约责任取代了瑕疵担保责任，符合逻辑的认识应是：减少价款是违约损害赔偿的一种表现形式，因为减少价款的功能是填补守约方因违约行为所遭受的损害。要从根本上论证减价是违约责任，路径或许有二：一是改变违约责任本身的定性，采用涵摄更宽且中性的概念范畴，如违约及其法律救济等；二是将减价制度置于债法分则，且对减价作出较为详尽的规制和安排。减少价款若作为损害赔偿的一种特殊形态，减价数额的计算和确定则也是损害赔偿额的一种计算方法，故系违约责任方式；若否，则非违约责任的方式，而是物的瑕疵担保责任方式。但即使作为损害赔偿方式，它也具有自己的特性，即不受与有过失、损益同销等规则的限制，可以与违约金（包括赔偿性违约金）同时适用。[156]

2.请求权还是形成权

《合同法》未规定债权人应如何行使减价权，对其性质，学者有不同看法，主要分为请求权说和形成权说两种。

（1）请求权说

认为当事人要求减价需要对方同意，对方可以拒绝这一请求，因

此其不符合形成权单方意思表示的本质，其性质属请求权。[157]

（2）形成权说

该说认为，接受履行的一方只要向对方作出了意思表示，一旦到达，就发生减价效果。[158] 而且，减价权是一种单纯形成权，是依单方意思表示减少价款或者报酬的权利。减价应区分为减价的过程与结果，区分的合理性是“减价”的特殊性，它通过权利人的意思表示即可完成，无须另外借助一些事实行为，与其他责任方式如修理、更换等有别。减价权本身并非减价利益的请求权或者诉求权，而是作为实现减价利益的手段或工具的权利，是针对减价过程发挥作用的权利。它是请求权的前提，而不是请求权本身。将减价权理解为一种请求权存在很多难题，而且有理的债权人“请求”理亏的债务人进行减价，与一般社会观念不合。[159] 有学者从德国法理论出发论证减价应被设计为形成权。因请求权需要得到出卖人的同意，无形中增加了买受人实现减价法律救济的难度，故形成权方案明显要优越于请求权方案，这也是现代立法例通常将减价权设计成为形成权的重要且根本的原因。[160]

对形成权说的批评意见之一是：形成权说一方面认为减价权是形成权，且作用于减价结果确定之前的整个过程，一方面认为减价为违约责任，这两者之间的论证是矛盾的。而且，它会造成一系列极为复杂的认识和操作难题，且相当多的问题无法解答或难以解答。[161]

（二）减价权的法律适用

1.适用顺序

依据《合同法》第111条，债务人履行合同义务不符合约定时，可以合理选择要求对方承担修理、更换、重作、退货、减少价款或者报酬等违约责任，但并没规定减价权的行使序位。

较多学者认为，应优先适用修理等方式。若债权人主张减价，债务人主张修理、更换或重作，现行法上没有规定应如何处理。在解释上，基于诚信原则，债务人的救治权应优先。换言之，债务人对修理、更换或重作的主张，应优先于债权人的减价权。[162] 或指出，《合同法》第111条不构成法律救济的顺位规定，而是对债权人所享有的法律救济的规定。但解释上应认为再履行请求权具有优先地位，在减价之前，买受人首先应用尽前一顺位的法律救济。只有在此种手段被用尽后或瑕疵性质十分严重等情形，才能考虑减价和解除等后顺位的法律救济。[163]

2.减价的方法

减价应依据没有任何瑕疵的物或服务的价值与有瑕疵状态时的价值进行比例计算，当无疑问。有学者指出，减价是需受领的单方意思表示，自到达后发生效力；减价的意思表示一经作出即不得撤回；减价不得附带任何的条件。减价应以订约时间为准据时点。价款按比例关系减少的计算公式为： $x = b \times p/a$。其中，a表示无瑕疵给付的价值，b表示有瑕疵给付的价值，p表示当事人约定的合同价款，x表示减价后的价款。[164]

3.除斥期间

主张形成权的学者认为，为消除不安定性，债务人可以催促债权人作出减价权的意思表示，债权人在合理期间没有作出表示的，减价权消灭。[165]

二　违约责任与侵权责任的竞合

（一）责任竞合学说

《合同法》第122条规定了违约责任与侵权责任的竞合："因当事人一方的违约行为，侵害对方人身、财产权益的，受损害方有权选择依照本法要求其承担违约责任或者依照其他法律要求其承担侵权责任。"本条规范向来为学界重视。其立法目的为：充分尊重受害人的自主自愿、保护受害人的利益、对受害人的损害予以充分补救。其次，保持并维护合同法与侵权法在责任体系上的和谐一致。[166]

责任竞合的理论学说纷繁复杂，《合同法》到底采取的是哪一种，学者有不同看法。但是，无论学者持何种请求权竞合的具体观点，都认为，合同法与侵权法是两个独立的法域，损害赔偿或归于侵权法，或归于合同法。这也是《合同法》第122条的前提。

1.法条竞合说

其观点又分为两种：一是主张适用侵权法。其理由是：（1）适用侵权法符合现代法律的发展趋势；（2）侵权损害赔偿的范围广泛，时效期间一般较长，有利于维护受害人的利益；（3）侵权责任更有利于制裁加害行为；（4）适用侵权法的归责简单明了，且不致发生适用法律混乱。[167]　一是主张适用合同法。认为责任竞合时依合同而不是侵权处理，对受害人并无不利，契合私法自治理念，能顺利实现法律的目的与当事人的意思。如此，责任竞合与非责任竞合的区分仅在于程序方面的意义，实体法的意义就将被排除。[168]

但是，学界通说认为，我国民法不应把违约行为一律视为侵权行

为的特别形态，也不宜把合同法视为侵权法的特别法。因而不能依据特别法优先于普通法的原则来解决违约责任与侵权责任的竞合问题，剥夺受害人的选择权。[169]

2.请求权竞合说

通说采请求权竞合说。《合同法司法解释一》第30条也将其处理为请求权竞合模式。但到底采请求权竞合的何种具体学说，学者看法不同。如认为它系采“修正请求权自由竞合说”。一个事实同时符合违约责任和侵权责任的构成要件，分别发生两个请求权（有别于请求权规范竞合说），这两个请求权是相互独立的，原则上彼此不生影响（有别于请求权相互影响说）。同时，《合同法》第122条允许竞合的规范目的，是保护请求权人而非允许滥用权利，不允许请求权人分别处分两个请求权；请求权竞合的所有请求权是指向同一给付的，而对这个给付，只能请求一次。如果其中一个请求权得到满足而消灭，由于它和其他请求权在内容上是重叠的，则其他请求权亦随同消灭。[170] 或主张《合同法》第122条采纳的是“请求权规范竞合说”，即债权人并不享有两项独立的请求权，而只能享有一个请求权，只是其产生的基础有二：契约关系与侵权关系。[171]

3.竞合否定说

值得注意的是，有学者认为，请求权竞合仅为现象，实质上并不存在请求权竞合。请求权竞合只反映一类法律关系，只是囿于类型的局限，请求权竞合呈现在两类法律关系中。《合同法》第122条应这样规定：“因当事人一方的违约行为，侵犯对方人身、财产权益的，受损害方有权依据诚实信用原则，在法规目的范围内，要求损害赔偿。”[172]

（二）责任竞合的适用

1.适用前提

通说认为，只要在一个不法行为同时满足违约责任与侵权责任的构成要件时，才可能发生责任竞合。即只要是加害给付，均可适用《合同法》第122条。这可能发生在不法行为仅仅侵害固有利益时，也可能发生在不法行为同时侵害履行利益与合同保护的固有利益时。

近年来，通说受到了一定的挑战。有学者将责任竞合限制在较为狭窄的领域，认为只有当加害给付并未侵害债权人的履行利益，而仅仅对债权人的固有利益造成损害时，才发生侵权责任与违约责任的竞合。这主要见于债务人履行给付义务违反了附随义务和保护义务，造成对方固有利益受损的情形。若债务人的给付不仅有瑕疵，而且该瑕

疵造成了对债权人固有利益的侵害时，此时并不存在侵权责任与违约责任的竞合。[173] 或将固有利益区分为财产利益与人身利益，认为只有加害给付导致债权人履行利益以外的财产损害时，才构成违约责任和侵权责任的竞合；加害给付造成债权人履行利益之外的人身损害的，一般只构成侵权责任。但依通常观念，违约人可预见到会造成精神损害的情形，也可以成立违约责任和侵权责任的竞合。加害给付同时造成债权人履行利益和固有利益损害的，债权人可请求赔偿固有利益损失，同时请求履行利益的违约损害赔偿。[174] 或从比较法角度指出，《合同法》122条规定的是侵害固有利益的情形，属于德国债法中积极侵害债权之违反保护义务的类型，在适用违约责任时，只能请求损害赔偿。[175]

2.责任竞合的限制

当事人依据《合同法》第122条行使选择权时应受限制，为学界共识。如认为对社会利益和公共秩序的损害，若损害比较普遍的，如产品责任、因运输事故引起的责任、环境保护等引发的责任竞合，应排除受害人的选择权，而适用调整责任竞合的特殊规范。[176] 如果法律直接规定在特定情形下只能产生一种责任，就排除了责任竞合，如《合同法》关于赠与物瑕疵担保责任的规定。[177] 在违约责任和侵权责任竞合时，如果当事人已？经对权利义务及其责任作了安排，适用合同责任更能体现对当事人意思的尊重。[178]

除了限制责任竞合以外，学者还指出，同时还需考虑扩大责任竞合的适用范围。因为我国司法实务在若干场合，仅仅允许当事人选择侵权责任，如交通事故、医疗事故及产品责任案件。不分情况地一律采用侵权责任处理责任竞合案件，并不一定能够使案件得到公正处理。责任竞合扩张适用主要体现在两个方面：一是产品责任中瑕疵产品本身应否受侵权法保护。产品责任要件的损害，应包括产品缺陷本身的损失。二是在医疗合同、美容美体合同、洗印照片合同中约定了违约金，特别是惩罚性违约金的情形，应承认违约精神损害赔偿。[179]

也有学者认为，在服务合同中，服务存在瑕疵时，应当如同日本民法实践那样，承认违约与侵权两者之间的实质竞合，而不仅仅是选择权的问题。即，不是简单地采取“二者择其一”的方式，而应认为两个不同的责任基础构成了一个统一的损害赔偿请求权，并在损害赔偿总额上作出调整。[180]

2.责任限制规则的具体适用

在责任竞合情形，多数学者认为，若受害人提起违约之诉的，应

受可预见性规则限制；提起侵权之诉的，则受因果关系控制。如认为，因可预见性规则与因果关系规则的判断时间点不同，前者系缔约时，后者为不法行为发生时，适用因果关系更有利于原告。[181] 但反对意见者认为，两者都是通过授权法官裁量决定责任的范围，目的都是使被告免于承担无限制的责任而保障其行为自由，故两者的差异并没有那么大。[182] 还有学者认为，因为此时原告请求赔偿的是固有利益，不属可预见规则的适用范围。而且，受害者可依《合同法》第94条第4项请求解除合同。[183]

合同履行若造成人身损害，当事人又以人身侵权提起诉讼的，有学者指出，此类案件在司法实践中遭遇的难题是：既不宜以违约判定合同当事人承担违约责任，又难以适用一般侵权构成要件判定当事人承担侵权责任。因为目前我国司法实践认定一般侵权构成的关键性依据，仍然是要求行为与损害之间形成“必然因果关系”。对此，可运用“法规目的说”判定合同违约行为与人身损害之间是否构成“合同法上的因果关系”，如果构成，则可以结合其他要件，认定合同履行中的人身侵权成立，继而判定合同当事人在履行合同过错的范围内，承担人身侵权法律责任。[184]

在选择违约之诉或侵权之诉起诉时，受害人的利益可能都无法得到完全赔偿。如侵权之诉赔偿难以包括合同履行利益损害；受害人提起违约之诉的，则无法获得精神损害赔偿。为解决这一矛盾，学者提出了诸多建议。如认为，应扩大侵权损害的概念，纳入产品自身的损失，[185] 《侵权责任法》第41条采纳了这一建议；或者在侵权赔偿中适当提高精神损害赔偿的数额，补偿其不能依违约责任主张的财产损害，但不能允许当事人根据另外一项请求权起诉。[186] 或建议，若受害人选择一个请求权起诉被法院驳回，或者选择一个请求权向法院起诉未能获得全部赔偿时，应允许受害人以另一请求权为由重新起诉，但已获得的赔偿额应予扣除，以加大对权利人的保护力度。[187] 但是，在司法实践中，对同一违约行为导致的损害，只能适用一次责任竞合。若受害人请求一种责任失败或者赔偿不足的，不能再次补充适用另外一种责任。[188]

三　违约精神损害赔偿

（一）应否赔偿

违约损害赔偿是否包括精神损害赔偿，学界形成了肯定论与否定论两种观点。

1.否定说

目前，否定说为学界主流学说。司法实践也多持这种观点，但亦有若干承认违约精神损害赔偿的著名案件。否定说的主要理由为：

①是否赔偿精神损害，为违约和侵权责任的区别之一。若违约行为已构成侵权，精神损害则应受侵权法保护。②赔偿精神损害不一定符合合同的性质和特点。因合同本质上是一种交易，遵守等价交换原则，赔偿精神损害会使双方利益失衡。即便合同履行的结果对债权人具有精神意义，也在合同的对价中体现出来了。③赔偿精神损害违反可预见规则，精神损害是违约方在缔约时不可预见的，精神损害违约赔偿将会使当事人在订约时造成极大的风险，极不利于鼓励交易。④违约方在缔约时能预见到因其违反合同将可能造成精神损害，此时应提起侵权之诉。最高法院《关于确定民事侵权精神损害赔偿责任若干问题的解释》第4条明确了这一点。⑤精神损害赔偿会赋予法官过大的自由裁量权。但是，当事人可以在合同中约定违约精神损害赔偿。[189] ⑥适用违约精神损害赔偿制度，可能会造成人格的商品化与当事人对权利的滥用。[190]

2.肯定说

肯定说基本是在反驳否定说的基础上立论的。其理由为：

①违约精神损害赔偿属立法政策问题，并非违约责任和侵权责任的根本区别。②合同并非均遵循等价交换原则，违约救济中同样如此。③《合同法》若规定违约精神损害赔偿制度，同时严格限定产生精神损害赔偿的合同类型及具体构成要件，有助于防止裁判者向一般条款逃逸。④违约和侵权竞合的，提起违约之诉主张精神损害赔偿，有时比提起侵权之诉更具实益。而且，否定说“只允许守约方基于侵权行为法请求违约给自己造成的精神损害赔偿，是（局部）不承认违约责任和侵权责任的竞合的表现”。[191] ⑤违约与侵权都存在精神损害赔偿裁量权过大的问题。[192] ⑥违约精神损害往往是可以在缔约时被预见到，尤其是合同目的为愉悦、享受等情形。⑦赔偿侵权精神损害不会造成人格商业化，同理，赔偿违约精神损害同样不会贬低人格。[193] 相反，损害赔偿的基本宗旨在于填补当事人遭受的损害，所以也应包括非财产性损害。[194]

梁慧星教授主持起草的《中国民法典草案建议稿》对违约精神损害赔偿持肯定意见。其第916条规定：“当事人违约给对方造成损失的，对方有权请求赔偿，但依当事人的特别约定或者依法律规定可获免责的除外。可获得赔偿的损失除现实的财产损失外，还可包括：（一）非财产损失；（二）合理地将要发生的未来损失。”[195] 似乎也

普遍承认了违约精神损害赔偿。

值得重视的是，学界主张的违约精神损害赔偿并非限于侵害人身权益的加害给付，而是包含了以获得愉悦、享受为目的的合同产生的非财产损失，其范围超过了德国新债法。依《德国民法典》第253条，违约非财产损害的法律救济仅以身体、健康、自由及性的自我决定遭受侵害为前提。正因为此，有学者认为，这种做法对传统的非财产损害赔偿保护模式是一次历史性变革，但其对非财产损害法益范围的限制，使变革的实际效果非常有限。[196]

（二）如何赔偿

对依现行法如何赔偿违约精神损害，学者提供了如下若干方案：

1.扩大解释法律中的“损失”

《合同法》第112条规定，当事人一方不履行合同义务或者履行合同义务不符合约定的，在履行义务或者采取补救措施后，对方还有其他损失的，应当赔偿损失。“其他损失”可以解释为包括精神损害赔偿。[197] 或认为，可以对《民法通则》第111条和《合同法》第113条中的“损失”扩张解释，使其包含精神损害。[198] 尤其是对旅游合同之类“目的性合同”，可以运用《合同法》第113条，赔偿因目的不达所造成的精神损害。[199]

2.《合同法》的体系解释

亦有学者除了援引《合同法》的上述条文外，还认为《合同法》第60条第2款规定的附随保护义务可以进行扩张解释，纳入对非财产性利益的保护。《合同法》对一些有名合同的非财产权益的保护义务还直接作了规定，如针对客运合同规定的“对旅客的救助义务”和“旅客伤亡的损害赔偿责任”（第301条、第302条）等。[200]

至于具体的诉由，有学者认为，对加害给付造成的精神损害，应区分是否构成独立的侵权之诉来处理。当事人提起违约之诉的，不能再请求侵权精神损害赔偿；但是，若违约精神损害不足以构成独立的侵权之诉的，应允许通过违约之诉要求精神损害赔偿。[201]

值得注意的是，对违约精神损害赔偿的法律适用，学界有如下两种观点：

一是认为，它受合同法与侵权法的双重限制，前者如可预见规则、因果关系、过失相抵、减轻损失等规则，后者如法人和非法人组织不得主张违约精神损害赔偿、轻微的精神损害不予救济等。[202]

二是认为，它完全独立于侵权精神损害赔偿，仅受合同法的限

制。赔偿义务人承担的是违约责任而不是侵权责任。违约侵权损害的成立要件是：合同目的包含了非财产性利益的满足和保护。赔偿也应适用《合同法》第113条的可预见性规则、第119条的减轻损失规则和根据第120条解释出来的与有过失规则。而且，依据意思自治原则，应允许当事人约定对某种特定义务的违反造成的精神损害可以赔偿，即使这种义务造成的侵害并不构成侵权责任法中列举的人身权益范畴。另外，也应允许当事人约定违约金中包含了精神损害赔偿。[203]

医疗合同是产生精神损害的重要合同类型。有学者指出，在这类违约案件中，财产损害与非财产损害均应予以赔偿。非财产损害赔偿包括死亡赔偿金、残疾赔偿金及侵害人格权场合的抚慰金。对于财产损害赔偿的参照标准，在履行利益不易确定的场合，可以用信赖利益作为替代标准。精神损害赔偿的请求权基础是《民法通则》第112条第1款及《合同法》第112条。为防止当事人在违约诉讼中滥用非财产损害赔偿制度，必须强调违约的特殊性及严重程度。损害赔偿额的确定可以适用《合同法》第113条的可预见规则。[204]

3.违约损害赔偿的类型化

有学者将违约精神损害分为两类：一是直接精神损害。即精神利益构成合同约定义务内容，因该义务的违反导致的精神伤害。包括合同义务为提供精神享受、保证特定的人身利益、消除或防止精神痛苦三种情形，多发生于旅游、人身保险、律师代理、美容服务等合同中。这类精神损害应予赔偿。二是间接精神损害，指因违反涵盖精神利益的一般性附随义务所致的精神损害。此种精神伤害的法律可救济性应慎重对待，仅在社会观念认可时才允许赔偿救济。[205]

四　评论

减价请求权、违约责任与侵权责任的竞合和违约精神损害赔偿请求权等，是近年来学界关注相当多的问题。兹列管见一二。

1.减价权的形成权性质

将减价权界定为形成权的意义在于保护债权人。在德国法上，减价只适用于无法修理和更换的情形。按照德国法“履行不能”的观念，减价可视为部分“质的不能”（qualitative Unmoeglichkeit），双方在该部分不能的范围内免除对待给付义务。因此，减价权的行使产生合同部分解除的效果，将减价权界定为形成权的意义非常明显。

但在我国法上，若将其界定为形成权，存在如下两个问题：一是

如何协调它作为违约责任的方式？减价是按质论价，并非对债务人施于给付以外的义务，但债权人没有取得合同约定价格的质量与服务，亦构成违约损害，《合同法》第111条也将其作为一种违约责任方式。若将其定位为形成权，则涉及它与违约责任请求权如何协调的问题。二是我国法并不要求减价需在修理、更换不能后才能行使，债务人可以选择减价、修理与更换，而减价作为形成权将发生部分解除的效力，这与《合同法》第94条的法定解除规范目的如何协调？

2.责任竞合

《合同法》第122条的立法目的，系为保障债权人利益。但这不能绝对化，有时必须限制当事人的选择权，以保护债务人的利益。如违约行为与侵权行为对当事人过错的要求不同，《合同法》采无过错归责原则，《侵权责任法》则采过错原则，但两者都有特别规定。第122条与法律的其他特别规定发生冲突时，若不限制当事人的选择权，可能背离立法目的。如依据《合同法》第180条，供电企业需要中断供电时，应当按照国家有关规定事先通知用电人。“未事先通知用电人中断供电，造成用电人损失的，应当承担损害赔偿责任。”《电力法》第27条、第59条也分别规定了供电企业的通知义务及违反通知义务的责任。据此，供电企业承担通知义务后，对停电（包括高压电）造成的损害不承担违约责任。但高压电侵权适用无过错原则。若因高压电停电造成财产损失的，应适用侵权责任还是违约责任，还是赋予受害人选择权，必须参酌立法目的。此时应对当事人的选择权予以限制，适用供用电合同的法定违约规则。禁止竞合通常并非法律明确规定，而是由法律解释完成的。这种情形其实并非请求权的竞合，而是典型的法条竞合。

值得反思的是《合同法》第122条的价值。责任竞合是法律技术高度发展的产物，其两个基本前提是：①合同当事人不仅是自己利益的最佳判断者，而且熟谙法律，有能力判断与争取自己的利益。②违约之诉与侵权之诉在实体与程序上都存在重大差异。但在我国，这两个前提都是有问题的。首先，当事人未必有法律专业知识，而且民法作为裁判法，也无须当事人专门学习。因此，在这种竞合诉讼中，法官面临的问题为：是否行使释明权及行使的限度。其次，我国的违约责任与侵权责任在诉讼时效、赔偿范围等方面的差别，并没有大陆法国家那么大，刻意区分两者会造成当事人单独起诉无法得到全部赔偿的困境。若不强调责任竞合，只要当事人不获得双倍赔偿，则其所有损害都通过一个诉讼解决，也未尝不是一种思路。如把合同保护义务纳入违约救济，可以有效避免将单一违约行为造成的不同损害通过多个诉讼解决。在违约请求中，赋予受害人主张精神损害赔偿的权利；

在侵权请求中，赋予当事人请求赔偿履行利益损失。此外，似乎尚需赋予当事人在侵权请求中主张给付返还的权利，如甲因美容手术失败，提起侵权之诉的，应许可其请求返还手术费用（徒然支付的费用）。正如有学者所指出的那样，“基于对当事人处分权的尊重，基于切实保障当事人实体权利的需要”，应该认可重叠合并这种起诉方式。基于诉讼经济和防止矛盾裁判方面的考虑，甚至应该鼓励重叠合并。[206] 可见，《合同法》第122条的价值，确实值得反思。

无论如何，侵权法与合同法的交叉领域，若依据侵权之诉和违约之诉，当事人获得的损害赔偿出现了很大差异，就很难解释为什么一个损害，被法律操作后，其赔偿额差异就如此之大？

3.违约精神损害赔偿

依比较法上普遍奉行的精神损害赔偿法定原则，违约精神损害赔偿首先涉及法律依据问题。《合同法》并没有明确排斥精神损害赔偿，解释上自然存在空间，虽然可能与立法原意冲突。《侵权责任法》第22条将受害人因人身权益被侵害时遭受的“严重精神损害”纳入侵权赔偿范围。故，若违约行为同时构成侵权行为，且给对方造成了“严重精神损害”的，当事人选择侵权请求权的，自然可获得赔偿。余下的问题，不过是在违约之诉中能否一并提起这种精神损害赔偿。

真正成问题的，是合同一方以获得精神愉悦、舒适为目的的合同（如婚庆合同、旅游合同等）或涉及精神利益的合同（如骨灰盒保管合同等），一方违约并没有给对方造成人身权益损害的，能否赔偿基于违约行为产生的精神利益？这种利益与合同中的财产利益截然不同，但对它的损害是在双方的预见范围内。这种违约精神损害与传统精神损害（“疼痛与痛苦”）完全不同。如果说合同损害赔偿的目的是使当事人的财产状况更好，侵权损害赔偿的目的是使受害人的财产状况不会更糟，那么，传统精神损害是使受害人现存的精神利益减少，而违约精神损害则是没有使受害人的精神利益没有增加。两者的损害程度断然有别。承认这种精神损害赔偿，不啻为损害赔偿法制的革命。

此外需要注意的是，尽管现行法不承认精神损害赔偿，亦不考虑当事人的其他无形利益，但当事人完全可能在合同中通过约定违约金的方式达到这一目的。这种约定并不损害公共利益，而且并不破坏当事人之间的对价平衡关系，应认定其有效。

---

[1] 参见朱广新《合同法总论》（第2版），中国人民大学出版社2012年版，第578页以下。

[2] 参见李永军《合同法》（第3版），法律出版社2010年版，第555页。

[3] 参见韩世远《合同法总论》（第3版），法律出版社2011年版，第623页。

[4] 参见王利明《合同法研究（修订版）》（第2卷），中国人民大学出版社2011年版，第624页。

[5] 这些概念最初可能是由徐炳引入的，参见《买卖法》，经济科学出版社1991年版，第324页以下。

[6] 参见李永军《合同法》（第3版），法律出版社2010年版，第555页。

[7] 参见韩世远《合同法总论》（第3版），法律出版社2011年版，第623页。

[8] 参见崔建远《合同法》，北京大学出版社2012年版，第344页；李永军《合同法》（第3版），法律出版社2010年版，第556页。

[9] 参见王利明《合同法研究（修订版）》（第2卷），中国人民大学出版社2011年版，第623、633页。

[10] 参见闫仁河《违约可得利益之比较研究》，《学习与探索》2009年第2期。

[11] 参见崔建远《合同法》，北京大学出版社2012年版，第343页；韩世远《合同法总论》（第3版），法律出版社2011年版，第621页。

[12] 参见［美］L.L.富勒、小威廉R.帕杜《合同损害赔偿中的信赖利益》，韩世远译，中国法制出版社2000年版，该文最初发表于《民商法论丛》（第7卷），法律出版社1997年版。国内学者对这一理论的详细介绍，参见朱广新《信赖责任研究》，法律出版社2007年版，第253页以下。

[13] 参见杨天江《富勒的信赖利益论及其对〈合同法重述II〉的影响》，载易继明主编《私法》第10辑，第2卷。

[14] 参见李永军《合同法》（第3版），法律出版社2010年版，第557页。

[15] 参见许德风《论合同法上信赖利益的概念及对成本费用的损害赔偿》，《北大法律评论》第6卷第2辑，北京大学出版社2005年版。

[16] 参见崔建远《合同法》，北京大学出版社2012年版，第343页。

[17] 参见韩世远《合同法总论》（第3版），法律出版社2011年版，第621页。韩世远教授翻译富勒的作品后，在其博士论文中即主张在违约损害赔偿中引入这一概念，债权人可以主张信赖利益的赔偿，以取代履行利益赔偿。参见韩世远《违约损害赔偿研究》，法律出版社1999年版，第170页以下。另见王利明《合同法研究（修订版）》（第2卷），中国人民大学出版社2011年版，第644页。

[18] 参见韩世远《合同法总论》（第3版），法律出版社2011年版，第621页。

[19] 《德国民法典》（第2版），陈卫佐译，法律出版社2006年版，第94页。

[20] 参见杜景林、卢谌《是死亡还是二次勃兴——〈德国民法典〉新债法中的给付不能制度研究》，《法商研究》2005年第2期。

[21] 张金海：《论违约救济中徒然支出的费用的补偿——必要性与路径选择》，《政治与法律》2012年第5期。

[22] 参见田韶华、樊鸿雁《论机会丧失的损害赔偿》，《法商研究》2005年第4期。

[23] 参见闫仁河《违约可得利益之比较研究》，《学习与探索》2009年第2期。

[24] 参见涂咏松《信赖利益损害之机会损失分析》，《华东政法大学学报》2009年第4期。

[25] 参见王利明《合同法研究（修订版）》（第2卷），中国人民大学出版社2011年版，第647页。

[26] 参见许德风《论合同法上信赖利益的概念及对成本费用的损害赔偿》，《北大法律评论》第6卷第2辑，北京大学出版社2005年版。

[27] 参见李永军《合同法》（第3版），法律出版社2010年版，第559页。

[28] 参见毛瑞兆《论合同法中的可预见规则》，《中国法学》2003年第4期。

[29] 叶金强：《可预见性之判断标准的具体化：〈合同法〉第113条第1款但书之解释路径》，《法律科学》2013年第3期。

[30] 参见解亘《我国合同拘束力理论的重构》，《法学研究》2011年第2期。

[31] 参见韩世远《合同法总论》（第3版），法律出版社2011年版，第632页；崔建远：《合同法》，北京大学出版社2012年版，第346页。

[32] 参见王利明《合同法研究（修订版）》（第2卷），中国人民大学出版社2011年版，第674页；李永军：《合同法》（第3版），法律出版社2010年版，第565页。

[33] 参见韩世远《合同法总论》，（第3版），法律出版社2011年版，第632页以下；崔建远：《合同法》，北京大学出版社2012年版，第346页。

[34] 参见朱广新《合同法总论》（第2版），中国人民大学出版社2012年版，第595页。

[35] 参见毛瑞兆《论合同法中的可预见规则》，《中国法学》2003年第4期；韩世远：《合同法总论》（第3版），法律出版社2011年版，第633页。

[36] 参见李永军《合同法》，法律出版社2005年版，第734页。

[37] 参见范在峰、张斌《两大法系违约损害赔偿可预见性规则比较研究》，《比较法研究》2003年第3期。

[38] 参见韩世远《合同法总论》（第3版），法律出版社2011年版，第624页。

[39] 参见王利明《合同法研究（修订版）》（第2卷），中国人民大学出版社2011年版，第628页。

[40] 参见崔建远主编《合同法》（第5版），法律出版社2010年版，第325页以下。

[41] 参见毛瑞兆《论合同法中的可预见规则》，《中国法学》2003年第4期。

[42] 参见叶金强《可预见性之判断标准的具体化——〈合同法〉第113条第1款但书之解释路径》，《法律科学》2013年第3期。

[43] 参见王利明《合同法研究》（第2卷），中国人民大学出版社2003年版，第610页。

[44] 参见毛瑞兆《论合同法中的可预见规则》，《中国法学》2003年第4期。

[45] 参见王卫国、凌湄《作为违约损害赔偿范围限制方式的可预见规则》，《辽宁工程技术大学学报》（社会科学版）2003年第1期。

[46] 王小能：《〈中华人民共和国合同法〉中的违约责任制度》，《河南省政法管理干部学院学报》1999年第3期。

[47] 参见吴行政《合同法上可得利益赔偿规则的反思与重构——从〈中华人民共和国合同法〉第113条适用的实证考察出发》，《法商研究》2012年第2期。

[48] 参见闫仁河《违约可得利益赔偿的证明标准之完善——兼论可得利益认定的自由心证制度》，《学术交流》2009年第4期。

[49] 参见王卫国、凌湄《作为违约损害赔偿范围限制方式的可预见规则》，《辽宁工程技术大学学报（社会科学版）》2003年第1期；毛瑞兆：《论合同法中的可预见规则》，《中国法学》2003年第4期。

[50] 参见范在峰、张斌《两大法系违约损害赔偿可预见性规则比较研究》，《比较法研究》2003年第3期；吴行政：《合同法上可得利益赔偿规则的反思与重构——从〈中华人民共和国合同法〉第113条适用的实证考察出发》，《法商研究》2012年第2期。

[51] 参见孙良国《合同法中可预见规则研究》，《国家检察官学院学报》2011年第6期。

[52] 参见韩世远《违约金散考》，《清华大学学报》（哲学社会科学版）2003年第4期。

[53] 参见王利明《合同法研究（修订版）》（第2卷），中国人民大学出版社2011年版，第698页。

[54] 参见韩世远《合同法总论》（第3版），法律出版社2011年版，第658页；崔建远：《合同法》，北京大学出版社2012年版，第359页。

[55] 参见王利明《合同法研究（修订版）》（第2卷），中国人民大学出版社2011年版，第669页以下。

[56] 参见韩世远《合同法总论》（第3版），法律出版社2011年版，第656页；崔建远：《合同法》，北京大学出版社2012年版，第358页。

[57] 参见崔建远《保证金刍议》，《河北法学》2008年第1期。

[58] 参见王利明、房绍坤、王轶《合同法》，中国人民大学出版社2009年版，第249页。

[59] 参见丁海俊《违约金的性质与功能新论》，《西南民族大学学报》（人文社科版）2005年第3期。

[60] 参见王利明、房绍坤、王轶《合同法》（第3版），中国人民大学出版社2009年版，第249页。

[61] 参见黄积虹《违约金基本问题研究》，《思想战线》2002年第2期。

[62] 参见韩世远《合同法总论》（第3版），法律出版社2011年版，第657页。

[63] 参见《法学研究》编辑部编《新中国民法学研究综述》，中国社会科学出版社1990年版，第479页。

[64] 参见崔建远《合同法》，北京大学出版社2012年版，第358页。

[65] 参见丁海俊《违约金的性质与功能新论》，《西南民族大学学报》（人文社科版）2005年第3期。

[66] 参见王利明《合同法研究（修订版）》（第2卷），中国人民大学出版社2011年版，第699页。

[67] 参见李永军《合同法》（第3版），法律出版社2010年版，第577页。

[68] 参见韩世远《合同法总论》（第3版），法律出版社2011年版，第658页。

[69] 参见李永军《合同法》（第3版），法律出版社2010年版，第581页。

[70] 参见杨立新《合同法判例与学说》，吉林人民出版社2005年版，第413页。

[71] 参见梁慧星《中国民法经济法诸问题》，法律出版社1991年版，第259页；王家福主编：《中国民法学·民法债权》，法律出版社1991年版，第250页。

[72] 参见郭明瑞《合同法学》，复旦大学出版社2005年版，第245页；韩世远：《履行障碍法的体系》，法律出版社2006年版，第284—285页；马俊驹、余延满：《民法原论》，法律出版社2007年版，第626页；崔建远：《合同法》，高等教育出版社2011年版，第359页。

[73] 参见孙瑞玺《论违约金的性质——以〈合同法〉第114条为视角》，《法学杂志》2012年第4期；沈德咏、奚晓明主编：《最高人民法院关于〈合同法〉司法解释（二）理解与适用》，人民法院出版社2009年版，第209页。

[74] 参见谢怀栻等《合同法原理》，法律出版社2000年版，第295页；韩世远：《违约金的理论问题——以合同法第114条为中心的解释论》，《法学研究》2003年第4期。

[75] 参见王利明《合同法研究》（第2卷），中国人民大学出版社2003年版，第695页；朱广新：《合同法总则》，中国人民大学出版社2008年版，第442页。

[76] 参见崔文星《关于违约金数额调整规则的探讨》，《河南省政法管理干部学院学报》2011第2期。司法实践也坚持这种观点，沈德咏、奚晓明主编：《最高人民法院关于〈合同法〉司法解释（二）理解与适用》，人民法院出版社2009年版，第209—211页。

[77] 参见崔建远《合同法》，北京大学出版社2012年版，第360页以下。

[78] 参见王利明《合同法研究（修订版）》（第2卷），中国人民大学出版社2011年

版，第706页以下。

[79] 参见韩世远《违约金的理论问题——以合同法第114条为中心的解释论》，《法学研究》2003年第4期；韩世远：《合同法总论》（第3版），法律出版社2011年版，第666页。

[80] 参见王利明《合同法研究（修订版）》（第2卷），中国人民大学出版社2011年版，第707页；屈茂辉：《关于违约金调整的标准问题》，《人民法院报》2003年8 月29日第3版。

[81] 参见崔建远《合同法》，北京大学出版社2012年版，第360页以下。

[82] 参见王利明《合同法研究（修订版）》（第2卷），中国人民大学出版社2011年版，第706页以下。

[83] 参见邹双卫《论不同损失状态下的违约金变更》，《人民司法·应用》2012年第10期。

[84] 参见韩世远《违约金的理论问题——以合同法第114条为中心的解释论》，《法学研究》2003年第4期；韩世远：《合同法总论》（第3版），法律出版社2011年版，第666页。

[85] 参见邹双卫《论不同损失状态下的违约金变更》，《人民司法·应用》2012年第10期。

[86] 参见彭万林主编《民法学》，中国政法大学出版社2011年版，第485页。

[87] 参见王利明《合同法研究（修订版）》（第2卷），中国人民大学出版社2011年版，第714页。

[88] 参见崔建远《合同法》，北京大学出版社2012年版，第370页；韩世远：《合同法总论》（第3版），法律出版社2011年版，第659页。

[89] 参见王利明《合同法研究（修订版）》（第2卷），中国人民大学出版社2011年版，第714页。

[90] 参见韩世远《合同法总论》（第3版），法律出版社2011年版，第660页。

[91] 参见崔建远《合同法》，北京大学出版社2012年版，第371页。

[92] 参见王利明《合同法研究（修订版）》（第2卷），中国人民大学出版社2011年版，第709页以下。

[93] 参见崔建远《合同法》，北京大学出版社2012年版，第375页。

[94] 参见隋彭生《合同法要义》，中国政法大学出版社2003年版，第431页。

[95] 参见韩世远《合同法总论》（第3版），法律出版社2011年版，第669页。

[96] 参见王洪亮《违约金请求权与损害赔偿请求权的关系》，《法学》2013年第5期。

[97] 参见王洪亮《违约金请求权与损害赔偿请求权的关系》，《法学》2013年第5

期。

[98] 参见韩世远《合同法总论》（第3版），法律出版社2011年版，第664页。

[99] 参见王利明《合同法研究（修订版）》（第2卷），中国人民大学出版社2011年版，第712页；王利明、房绍坤、王轶：《合同法》，中国人民大学出版社2009年版，第249页。

[100] 参见崔建远《合同法》，北京大学出版社2012年版，第375页。

[101] 参见韩世远《违约金的理论问题——以合同法第114条为中心的解释论》，《法学研究》2003年第4期。

[102] 参见王红艳《论违约金与违约定金的并存适用》，《学术界》2008年第3期。

[103] 参见韩世远《合同法总论》（第3卷），法律出版社2011年版，第670页。

[104] 参见崔建远《合同法》，北京大学出版社2012年版，第375页；韩世远：《合同法总论》（第3卷），法律出版社2011年版，第670页；王红艳：《论违约金与违约定金的并存适用》，《学术界》2008年第3期。

[105] 参见崔建远《合同法》，北京大学出版社2012年版，第374页。

[106] 参见崔建远《继续性债权与诉讼时效》，《人民法院报》2003年6月27日第3版。

[107] 参见韩世远《合同法总论》（第3版），法律出版社2011年版，第673页以下。

[108] 参见郗伟明《论迟延履行违约金诉讼时效的起算》，《环球法律评论》2010年第2期。

[109] 此处综合了崔建远《合同法》，北京大学出版社2012年版，第371页；朱广新：《合同法总论》（第2版），中国人民大学出版社2012年版，第604页。

[110] 参见韩世远《合同法总论》（第3版），法律出版社2011年版，第661页；丁海俊：《违约金的性质与功能新论》，《西南民族大学学报》（人文社科版）2005年第3期。

[111] 参见崔建远《合同法》，北京大学出版社2012年版，第372页。

[112] 参见崔文星《关于违约金数额调整规则的探讨——以〈合同法〉第一百一十四条为中心》，《河南省政法管理干部学院学报》2011第2期。

[113] 参见杨永清《如何认定合同约定的违约金是否过高——武汉建工第三建筑有限公司与武汉天恒置业有限责任公司建筑女装工程施工合同纠纷上诉案》，载最高人民法院民事审判第一庭编《民事审判指导与参考》总第30集，法律出版社2007年版，第206页。

[114] 参见王利明《违约责任论》（修订版），中国政法大学出版社2000年版，第587页。

[115] 参见崔建远《合同法》，北京大学出版社2012年版，第373页；韩世远：《合同法总论》（第3版），法律出版社2011年版，第665页以下。

[116] 参见崔建远《合同法》，北京大学出版社2012年版，第371页。

[117] 参见韩世远《合同法总论》（第3版），法律出版社2011年版，第662页。

[118] 参见崔建远《合同法》，北京大学出版社2012年版，第373页。

[119] 韩世远：《合同法总论》（第3版），法律出版社2011年版，第667页。

[120] 参见戴孟勇《预期违约、违约责任与违约损害赔偿的计算》，载崔建远主编《民法九人行》（第5卷），法律出版社2011年版，第331页。

[121] 参见彭劲荣《无实际损失情形下的违约金调整》，《人民法院报》2009年10 月29日第6版。

[122] 参见邹双卫《论不同损失状态下的违约金变更》，《人民司法·应用》2012年第10期。

[123] 参见赵英良《试论“假一罚十”的法律适用》，《河北法学》2001年第4期。

[124] 参见邹双卫《论不同损失状态下的违约金变更》，《人民司法·应用》2012年第10期。

[125] 参见隋彭生《合同法要义》，中国政法大学出版社2003年版，第427页。

[126] 参见王利明《合同法研究》（第2卷），中国人民大学出版社2003年版，第696页。

[127] 如“对赌第一案”——海富投资与甘肃世恒案［最高人民法院（2012）民提字第11号］。案情为： 2007年，海富投资现金出资2000万元投资甘肃世恒，占甘肃世恒增资后注册资本的3.85%；并签署对赌协议约定：如果2008年，甘肃世恒净利润低于3000万元人民币，海富投资有权要求甘肃世恒予以补偿；如果甘肃世恒未履行补偿，海富投资有权要求香港迪亚（甘肃世恒的母公司）履行补偿义务。甘肃世恒2008年净利润不足3万元。根据对赌协议，甘肃世恒需补偿海富投资1998万元，但甘肃世恒拒不履行协议。海富投资遂提起诉讼。兰州市中级人民法院的一审判决和甘肃省高级人民法院的二审判决皆认为对赌协议无效，但判决依据不同。最高法院再审判决认为，甘肃世恒对海富投资作出补偿的条款损害了甘肃世恒利益和债权人利益，应属无效，但担保条款（迪亚公司对于海富投资的补偿承诺）并不损害甘肃世恒及公司债权人的利益，不违反法律法规的禁止性规定，合法有效。这意味着甘肃世恒取得2000万的投资，出让3.85%的股份，1年后就要承担2000万的违约金。

[128] 梁慧星：《合同法的成功与不足》，《中外法学》2000年第1期。

[129] 参见杨明刚《论双方违约》，《人民检察》2000年第7期。

[130] 参见王利明《合同法研究（修订版）》（第2卷），中国人民大学出版社2011年版，第569页；崔建远：《合同法》，北京大学出版社2012年版，第346页以下；朱广新：《合同法总论》（第2版），中国人民大学出版社2012年版，第599页。

[131] 参见韩世远《合同法总论》（第3版），法律出版社2011年版，第634页。

[132] 参见梁慧星《民法学说判例与立法研究》，中国政法大学出版社1993年版，第82页。

[133] 参见朱广新《合同法总论》（第2版），中国人民大学出版社2012年版，第598页。

[134] 参见王利明《合同法研究（修订版）》（第2卷），中国人民大学出版社2011年版，第470页。

[135] 参见崔建远《合同法》，北京大学出版社2012年版，第347页注1。

[136] 参见杨明刚《论双方违约》，《人民检察》2000年第7期。

[137] 梁慧星：《梁慧星教授谈合同法》，四川省高级人民法院印，川新出内（98）字第174号，第150页；龚赛红：《论债务人辅助履行人责任》，《北京理工大学学报（社会科学版）》2008年第2期。

[138] 参见韩世远《合同法总论》（第3版），法律出版社2011年版，第599页。

[139] 参见王利明《合同法研究（修订版）》（第2卷），中国人民大学出版社2011年版，第456页。

[140] 参见王立兵《关系论视阈下第三人违约问题研究——以〈合同法〉第121条为中心》，《学术交流》2010年第2期。

[141] 参见张影《第三人原因违约及其责任承担》，《北方论丛》2002年第6期。

[142] 周江洪：《〈合同法〉第121条的理解与适用》，《清华法学》2012年第5期。

[143] 参见梁慧星《梁慧星教授谈合同法》，四川省高级人民法院印，川新出内（98）字第174号，第150页；谢怀栻等著：《合同法原理》，法律出版社2000年版，第299页；王利明：《合同法研究（修订版）》（第2卷），中国人民大学出版社2011年版，第119页。

[144] 参见张影《第三人原因违约及其责任承担》，《北方论丛》2002年第6期。

[145] 参见韩世远《合同法总论》（第3版），法律出版社2011年版，第599页。

[146] 崔建远主编：《合同法》（第5版），法律出版社2010年版，第307页。

[147] 参见耿卓《〈合同法〉第121条中“第三人”的理解与适用》，《贵州警官职业学院学报》2009年第3期。

[148] 参见戴卫忠、顾一民《从一起旅游服务合同损害赔偿案件看因第三人原因造成违约责任的承担》，《人民法院报》2002年2月7日第3版。

[149] 参见周江洪《〈合同法〉第121条的理解与适用》，《清华法学》2012年第5期。

[150] 解亘：《论〈合同法〉第121条的存废》，《清华法学》2012年第5期。

[151] 周江洪：《〈合同法〉第121条的理解与适用》，《清华法学》2012年第5期。

[152] 解亘：《论〈合同法〉第121条的存废》，《清华法学》2012年第5期。

[153] 参见王利明《违约责任论》（修订版），中国政法大学出版社2000年版，第414

—415页；韩世远《减价责任的逻辑构成》，《清华法学》2008年第1期；崔建远《退货、减少价款的定性与定位》，《法律科学》2012年第4期。

[154] 参见王利明《合同法研究（修订版）》（第2卷），中国人民大学出版社2011年版，第501页。

[155] 参见韩世远《减价责任的逻辑构成》，《清华法学》2008年第1期。

[156] 参见崔建远《退货、减少价款的定性与定位》，《法律科学》2012年第4期。

[157] 参见梁慧星教授在中日民商法会议上的讨论发言，渠涛主编《中日民商法研究》（第4卷），法律出版社2006年版，第292页。

[158] 参见朱广新《合同法总论》（第2版），中国人民大学出版社2012年版，第615页。

[159] 参见韩世远《减价责任的逻辑构成》，《清华法学》2008年第1期。

[160] 参见杜景林《我国合同法上减价制度的不足与完善》，《法学》2008年第4期。

[161] 参见崔建远《退货、减少价款的定性与定位》，《法律科学》2012年第4期。

[162] 参见韩世远《减价责任的逻辑构成》，《清华法学》2008年第1期；朱广新：《合同法总论》（第2版），中国人民大学出版社2012年版，第617页。

[163] 参见崔建远《退货、减少价款的定性与定位》，《法律科学》2012年第4期。

[164] 参见杜景林《我国合同法上减价制度的不足与完善》，《法学》2008年第4期。

[165] 参见朱广新《合同法总论》（第2版），中国人民大学出版社2012年版，第617页。

[166] 参见王利明《再论违约责任与侵权责任的竞合（续）》，《中国对外贸易》2001年第4期。

[167] 参见刘士国《现代侵权损害赔偿研究》，法律出版社1998年版，第24页以下。

[168] 参见张家勇《论责任竞合的逻辑与经验》，载龙卫球、王文杰主编《两岸民商法前沿》，中国法制出版社2013年版，第604页。

[169] 参见崔建远主编《合同法》（第5版），法律出版社2010年版，第312页。

[170] 参见韩世远《合同法总论》（第3版），法律出版社2011年版，第722页。

[171] 参见舒瑶芝《侵权责任与违约责任竞合的探讨》，《河北法学》2002年第3期。

[172] 周清林：《理性的困惑：请求权竞合理论解构——兼评我国〈合同法〉第122条》，《现代法学》2003年第1期。

[173] 参见李永军《合同法》（第3版），法律出版社2010年版，第722页。

[174] 参见王荣珍《对加害给付概念与救济的再思考》，《政法论坛》2005年第5期。

[175] 参见李昊《论德国积极侵害债权制度的变革》，《研究生法学》2011年第1期。

[176] 参见汪世虎《合同责任与侵权责任竞合问题研究》，《现代法学》2002年第4期。

[177] 参见王利明《再论违约责任与侵权责任的竞合（续）》，《中国对外贸易》2001年第4期；张民、崔建远：《责任竞合的“收”与“放”——中国〈合同法〉第122条规定的解释与适用》，《国家检察官学院学报》2011年第5期；韩世远：《合同法总论》（第3版），法律出版社2011年版，第723页。

[178] 参见王利明《侵权责任法与合同法的界分——以侵权责任法的扩张为视野》，《中国法学》2011年第3期。

[179] 参见张民、崔建远《责任竞合的“收”与“放”——中国〈合同法〉第122条规定的解释与适用》，《国家检察官学院学报》2011年第5期。

[180] 参见周江洪《服务合同的类型化及服务瑕疵研究》，《中外法学》2008年第5期。

[181] 参见崔建远主编《新合同法原理与案例评释》，吉林大学出版社1999年版，第685页。

[182] 参见张家勇《论责任竞合的逻辑与经验》，载龙卫球、王文杰主编《两岸民商法前沿》，中国法制出版社2013年版，第604页。

[183] 参见李昊《论德国积极侵害债权制度的变革》，《研究生法学》2011年第1期。

[184] 参见杨建军《合同履行中的人身侵权及民事责任——基于〈最高人民法院公报〉人身损害赔偿案例的考察》，《环球法律评论》2009年第1期。

[185] 详细理由，见王利明《合同法研究（修订版）》（第2卷），中国人民大学出版社2011年版，第497页以下；高圣平：《论产品责任损害赔偿范围》，《华东政法大学学报》2010年第3期。

[186] 参见王利明《再论违约责任与侵权责任的竞合（续）》，《中国对外贸易》2001年第4期。

[187] 参见汪世虎《合同责任与侵权责任竞合问题研究》，《现代法学》2002年第4期。

[188] 参见吴庆宝《论侵权责任与违约责任竞合的限制》，《法律适用》2002年第8期。

[189] 参见王利明《侵权责任法与合同法的界分》，《中国法学》2011年第3期；杨立新：《精神损害赔偿的范围有多宽》，《人民法院报》2002年12月24日。

[190] 参见陈帆《我国违约精神损害赔偿争论之我见》，《理论学刊》2005年第4期。

[191] 崔建远：《精神损害赔偿绝非侵权法所独有》，《法学杂志》2012年第8期。

[192] 参见崔建远《论违约的精神损害赔偿》，《河南省政法管理干部学院学报》，2008年第1期；崔建远：《精神损害赔偿绝非侵权法所独有》，《法学杂志》2012年第8期。

[193] 参见叶知年《违约精神损害赔偿研究》，《福建政法管理干部学院学报》2002

年第1期。

[194] 参见陆青《违约精神损害赔偿问题研究》，《清华法学》2011年第5期。

[195] 梁慧星主编：《中国民法典草案建议稿》，法律出版社2003年版。

[196] 参见倪同木、夏万宏《违约非财产损害赔偿问题研究——以〈德国民法典〉第253条之修改为中心》，《法学评论》2010年第2期。

[197] 参见崔建远《论违约的精神损害赔偿》，《河南省政法管理干部学院学报》，2008年第1期；崔建远：《精神损害赔偿绝非侵权法所独有》，《法学杂志》2012年第8期。

[198] 参见龙著华《违约责任中的精神损害赔偿》，《政治与法律》2006年第1期。

[199] 参见李永军《合同法》（第3版），法律出版社2010年版，第608页。

[200] 参见陆青《违约精神损害赔偿问题研究》，《清华法学》2011年第5期。

[201] 参见李永军《合同法》 （第3版），法律出版社2010年版，第602页、608页。

[202] 参见龙著华《违约责任中的精神损害赔偿》，《政治与法律》2006年第1期。

[203] 参见陆青《违约精神损害赔偿问题研究》，《清华法学》2011年第5期。

[204] 参见韩世远《医疗服务合同的不完全履行及其救济》，《法学研究》2005年第6期。

[205] 参见方乐坤《违约精神损害类型化分析》，《甘肃政法学院学报》2012年第3期。

[206] 参见严仁群《实体法：请慎入程序法之域——以民事责任竞合为例》，《法律科学》2010年第3期；同旨，见梁开斌《合同法第122条的程序视角批判》，《天津市政法管理干部学院学报》2009年第1期。

第十一章　有名合同（上）

第一节　买卖合同

一　一物数卖

一物数卖，即出卖人就同一标的物与数个买受人订立买卖合同。因其涉及合同法、物权法与侵权法诸领域，理论色彩浓厚，历来为学界讨论的重点。

（一）买卖合同的效力

针对一物订立的各买卖合同，只要不存在《合同法》第52条所规定的无效情形，均为有效。此为学界通说。[1] 司法解释也采这种立场。如《商品房买卖合同司法解释》第10条规定，只有当出卖人与第三人恶意串通，另行订立商品房买卖合同并将房屋交付使用，导致买受人无法取得房屋的，买受人才有权请求法院确认出卖人与第三人订立的商品房买卖合同无效。《合同法司法解释二》第15条更明文规定，出卖人就同一标的物订立多重买卖合同，买受人不能按照合同约定取得标的物所有权的，可请求追究出卖人违约责任。这就明确将多重买卖合同均界定为有效合同。

（二）所有权的确定

在多重买卖中，只有一个买受人能取得所有权，故所有权究竟由哪一个买方取得，关涉重大。所有权的确定当然应以物权变动规则为准，即谁完成了物权变动行为，谁就取得所有权。但实践中的情形要复杂得多。

1.不动产

按《物权法》，在多重买卖中，不动产的所有权应由完成登记的买方取得。有疑义的是如下两个问题：

其一，占有不动产能否对抗其他买方的债权？若买方已占有不动产，是否可以获得物权性优先权，对抗其他买方的债权？有学者主张，鉴于我国多数民众登记的公信力观念不强，在不动产一物二卖时，对特定时期内的交易及性质特殊的房屋，可承认当事人因占有移转取得标的物所有权。若第二买受人未了解标的物的实际占有状态，

其因登记所获得的“所有权”，不得对抗第一买受人。[2]

其二，均未完成登记过户时，由哪一个买方取得所有权？依《物权法》，不动产登记完成之前，其所有权由出卖人享有。若出卖人没有将不动产登记过户给任何一个买方，买方又均请求卖方办理登记，此时应如何处理，颇费斟酌。较多学者认为，既然认可二重买卖合同的效力，就应当允许出卖人选择履行对象，因为如果规定出卖人只能向第一买受人履行，就没有必要认同第二买卖合同的效力。此外，让出卖人选择履行对象，也便于出卖人对其他买受人承担违约责任（构成效率违约）。如果出卖人实在不愿意择履行对象，法院应充分考虑合同规则、交易秩序与诚实信用原则等，灵活处理，总体上可倾向于保护第一买受人。[3]

《城镇国有建设用地使用权司法解释》第10条规定，土地使用权人作为转让方就同一出让土地使用权订立数个转让合同，在转让合同有效的情况下，受让方均要求履行合同的，取得土地使用权的买方依次为：①已经办理土地使用权变更登记手续的受让方；②均未办理土地使用权变更登记手续，已先行合法占有投资开发土地的受让方；③均未办理土地使用权变更登记手续，又未合法占有投资开发土地，先行支付土地转让款的受让方；④合同均未履行，依法成立在先的合同受让方。

2.动产

依《物权法》，在动产多重买卖中，动产所有权归取得占有的买方。但在出卖人未将动产交付给任何一个买方时，由谁取得动产所有权也是一个疑难问题。

其一，普通动产。依据《买卖合同司法解释》第9条，此时应首先依价款支付时间为标准，即所有权由先支付者取得；其次是依合同成立时间为标准，即均没支付价款时，由成立在先的合同的债权人取得。这与《城镇国有建设用地使用权司法解释》第10条对国有建设用地使用权的多重转让的权利取得规定类似，均认为价款的支付等合同履行行为可产生优先权。按照起草者的解释，这一规定借鉴了国外不动产买卖中的优先权制度，按照履行合同的顺序来确定物权归属，目的是为了维护正常交易秩序、保护善意履行、维护当事人的合法权益。[4]

其二，特殊动产。对船舶、航空器与机动车等特殊动产，《买卖合同司法解释》第10条采取了如下方案：①先行受领交付的买受人；②均未受领交付，先行办理所有权转移登记手续的买受人；③均未受领交付，也未办理所有权转移登记手续，依法成立在先合同的买受

人；④出卖人将标的物交付给买受人之一，又为其他买受人办理所有权转移登记，已受领交付的买受人。可见，它依次采取了三个确定标的物所有权归属的标准：交付、登记与合同成立时间的先后。而且，它明确规定了交付优先于登记。

有学者指出，上述规定对维护诚信、防止多重买卖有重要意义，但忽视了债权平等原则，剥夺了出卖人的自主决定权。它们采取的支付价款优先说和合同成立在先说，既不符合基本的民法理论，也与现行法的规定相违。在船舶、航空器和机动车多重买卖中，登记的效力应优先于交付，而不是相反。故，数个买受人均要求出卖人实际履行时，法院应当依次按照下列标准确定所有权归属：登记与否、交付与否、登记优先于交付。[5]

（三）撤销权

一物数卖的标的物通常为特定物。出卖人将标的物的所有权移转于第二买受人时，对第一买受人而言，出卖人就陷于嗣后主观不能的状态。在这种情形，第一买受人作为特定物债权的债权人，能否行使债权人的撤销权来保全其合同债权？学者基本认为，因撤权人行使的目的是恢复责任财产，保全的是全体债权人的利益，故，在债务人有足够资力履行债务，并未对债权秩序造成根本性威胁时，允许特定物给付行为的撤销，明显逾越了撤销权制度的机能，不利于交易安全。只有当特定物债权转换为损害赔偿债权后，债务人的总资力不足以清偿时，才能行使撤销权。[6] 或认为，第二买受人违反诚实信用而取得登记的，第一买受人可对第二买受人主张债权侵权责任，或以行使撤销权的方式获得救济。[7]

（四）出卖人与后买方的恶意串通与后买方的知情

在实践中，出卖人经常与第二买受人通谋，以订立买卖合同的形式逃避对第一买受人的债务履行或强制执行。有学者指出，此时可认定双方构成恶意串通，第一买受人可以请求确认不动产物权变动的基础关系（买卖合同）及物权合意无效，并可据此请求涂销登记，请求出卖人履行合同。[8]

在第二个买卖合同订立时，若后买方知道标的物已出售给第一买方，但所有权移转给了后买方，在这种情形，第一买受人的权利应如何救济？学界看法不同。或主张后买人的单纯知情既不会产生先买方的撤销权，也不构成第三人侵害债权责任。[9] 或认为，若第二买受人明知第一买受人的存在，仍然坚持参与竞争，可构成以故意违反善良风俗的方式侵害第一买受人的债权，第一买受人可请求确认第二买卖合同无效和涂销登记。[10]

还有学者在比较法的基础上，认为“单纯知情”产生类似于预告登记的效果，导致先买人的债权能够对抗在后的买受人，即先买人有权主张后买受人的物权取得无效，并最终取得物权。这种做法的合理性在于：后买方的知情相当于先买方的权利被公示；体现了法律对权利的尊重：在第三人只需不作为就可不伤及权利时，权利人并无义务支出成本以保护权利。因此，预告登记并不能完全取代知情对抗规则的功能，相反，后者将为前者提供有益的补充。[11]

（五）违约损害赔偿

没有取得所有权的买受人可以请求出卖人承担损害赔偿责任，适用完全赔偿规则。对其数额，有学者认为，买方可得利益的损害赔偿额应采用差价计算法，这种方法极具操作性。差价即合同约定的价格与违约时标的物公正的市场价格之间的差价。[12] 或主张，不动产的一物二卖的现行规则是：出卖人能以承担违约损害赔偿责任为代价，自由进行多重买卖。为保障买方的利益，这一规则应修改为：出卖人转卖获利的差价推定为买受人所受损害；同时应借鉴比较法的获益交出制度，允许买受人基于信托关系要求出卖人返还转卖收益，或赋予买受人以代偿请求权。[13]

二　风险负担

（一）交付主义与所有权主义

《合同法》第142条规定：“标的物毁损灭失的风险，在标的物交付之前由出卖人承担，交付之后由买受人承担，但法律另有规定或者当事人另有约定的除外。”它对风险负担采取交付主义，风险负担移转的公式为：“买卖合同＋交付”。《商品房买卖合同司法解释》第11条明确规定，在开发商与业主的商品房买卖合同中，房屋的风险负担与动产一样，统一适用交付主义。

学界基本都赞同交付主义。如认为，在当事人未有特别约定时，标的物毁损灭失的风险负担的移转，通常既与标的物的交付一致，也与标的物所有权的移转相一致，而且交付主义契合当今的立法潮流，故应予坚持。[14] 或将交付主义的优点概括为：①保持风险的负担与利益享有之间的一致性。②形成控制风险的有效激励。③与所有人主义相比，交付主义简单明了，在纠纷解决方面更便捷与迅速。[15] 或认为，交付主义最大的优点在于，以不具备法律效力、且容易辨认的交付为标准，有机整合了合同成立主义与所有权主义的优点，同时改进了二者的不足。[16]

但是，学界也有反对交付主义的声音。其主要理由为：①法律意义上的“交付”本身包括转移所有权的内容，而字面意义上的“交付”仅指转移占有，这种混乱对动产买卖的影响不大，但对不动产和特殊动产买卖影响很大。②交付主义违反了“利益与风险一致”原则。出卖人移转所有权之前，享有所有权带来的利益，如一物二卖等。相反，买受人即使已经取得了占有，但在第三人获得所有权后，买受人不得对抗其物上请求权。[17] ③交付主义的两个理论基础——风险控制论与法律目的论（风险负担规则应有利于卖方）都不成立：其一，引起风险负担的事由是占有人无法控制的；其二，现代社会控制风险的最佳手段是保险；其三，交付的种类多样，其中占有改定、指示交付等观念交付无法实现控制目的；其四，风险负担无论采用何种模式，都不影响卖方要求买方无条件付款的权利，货物毁损灭失是对抗付款请求权的抗辩权；其五，将该损失分配给任何一方都不公平。故，在买卖合同尤其是在不动产买卖中，否定交付主义模式并复活所有权主义，是解决《合同法》与《物权法》关于风险负担规定相互冲突的出路。[18]

有意思的是，所有权主义与交付主义的支持者均依据“谁享受利益、谁承担风险”论证其观点。这是因为“利益”既包括对物享有所有权，也包括对物的占有。

在解释论上，有学者建议，为避免交付主义的流弊，《合同法》第142条所确立的风险负担规则，应解释为“准所有权主义”模式，即“交付”是指“转移所有权或以转移所有权为最终目的转移占有”，且在“交付”本身并不导致所有权转移时，买受人承担风险的前提是他享有移转所有权的债权请求权。[19]

对特种买卖的风险负担，有学者认为，保留所有权买卖、试用买卖应适用与一般买卖相同的风险负担规则，但拍卖中的风险负担应采所有人主义。[20]

（二）特殊规则

《合同法》除第142条确立了买卖合同标的物毁损灭失风险负担的一般规则外，还专门规定了特定情形下买卖合同标的物毁损灭失的风险负担（第143—148条）。

1.违约责任与风险负担

《合同法》第149条规定：“标的物毁损、灭失的风险由买受人承担的，不影响因出卖人履行债务不符合约定，买受人要求其承担违约责任的权利。”就违约责任与风险负担的关系，有学者指出，合同法通过违约责任与风险负担两项制度，共同调整合同缔结后标的物毁损

灭失的现象：如果标的物的毁损灭失是由可归责的事由所致，由违约责任制度来解决；因不可归责的事由所致的，由风险负担制度解决。因我国违约责任采严格责任，风险负担制度应作相应调整，即双务合同中的风险应被限定为，“标的物因法定免责事由损毁灭失的不利状态”。标的物在履行迟延期间毁灭时，违约方原则上应承担风险；在瑕疵履行场合，若买受人拒绝接受标的物或者解除合同的，由出卖人承担风险，否则由买受人承担风险。[21]

2.地震与风险负担

2008年汶川地震后，学界对灾区重建中的法律问题作了诸多讨论，其中之一即地震后楼宇按揭贷款的风险负担。对此，学界有两种观点。

一是主张，若房屋已经交给业主使用但未办理过户登记，开发商尚享有房屋所有权的，应由开发商承担房屋意外灭失的风险；若房屋所有权已办理过户登记，业主取得了房屋所有权的，则所有损失由业主承担。[22] 这种观点与《商品房买卖合同司法解释》明显不合。

二是认为，房屋毁损灭失的风险负担应以房屋交付使用为分界点，交付使用之前由开发商承担，之后由买受人承担。在汶川地震中，已经签订商品房买卖合同，但房屋未交付使用的，房屋毁损灭失的风险应由开发商承担，买受人在解除商品房买卖合同之后无须再还房贷；对于已经签订商品房买卖合同，且房屋已交付使用的，房屋毁损灭失的风险应由买受人承担，买受人仍应依约还贷。此外，贷款核销并不意味着银行放弃贷款债权、免除借款人的还款义务，贷款人与借款人之间的借贷法律关系依然存续，借款人仍应承担还款义务。[23]

亦有观点另辟蹊径，认为在按揭贷款业务中，应由银行等贷款人承担标的物毁损、灭失的风险，“因为现行住房抵押贷款产品和服务是由银行等主体开发、创制出来的，购房者（消费者）只有附合的义务，没有修正的权利，理所当然由银行等金融机构承担法律风险，符合自己责任原则等公平原则。”[24]

3.单证未转移

依据《合同法》第147条，风险负担不受出卖人是否按照约定交付有关标的物的单证和资料的影响。其原因在于这些单证与资料的移转与标的物占有的移转无关，故有学者指出，这些单证和资料不包括所有权凭证。[25]

4.不动产买卖的特殊风险负担

在房屋买卖中，若出卖人将房屋交付给第一个买受人亦但未登

记，即使之后出卖给第二个买受人并且办理过户登记，在房屋毁损灭失时，有学者认为，第一个买受人亦应根据《商品房买卖合同司法解释》第11条负担风险。[26]

三　标的物检验

（一）检验义务

在买卖合同中，检验是核定标的物名称、品种、规格、质量与数量的手段。《合同法》第157条与第158条规定了买受人的检验义务、检验期间及违反检验义务的法定效力，而且明确规定“买受人怠于通知的，视为标的物的数量或者质量符合约定。”

对检验的性质，有学者认为，《合同法》第157条规定的买受人的检验义务，第158条规定的买受人的通知义务，均属于不真正义务。[27]　其主要特征是：相对人通常不得请求履行，违反这一义务并不产生损害赔偿责任，只是使义务人的权利减损或丧失。法律之所以规定怠于通知则“视为标的物的数量或者质量符合约定”，其理由主要是：其一，给善意出卖人采取善后措施的机会（如搜集与买受人主张相反的证据、将有瑕疵的商品转卖、与前手出卖人进行交涉等），防止买受人利用出卖人负担风险进行投机（依市场变化决定是否解除等）；其二，具有专门知识的买受人是容易发现瑕疵的。[28]

买受人未能在约定期限、合理期限、质量保证期等异议期为检查通知，则该标的物在法律上被认为无瑕疵，买受人不得向出卖人主张修理、更换、减少价款等违约责任。学界对此不存在争议。还有学者认为，由于同时履行抗辩权、先履行抗辩权均以对方当事人违约为前提，因此，若买受人未能在这些异议期为检查通知，由于标的物被拟制为无瑕疵，出卖人根本未曾构成违约，买受人也不能行使这些抗辩权。[29]

（二）检验期间

在买卖合同当事人没有约定检验期间时，《合同法》第157条和第158条规定了三种检验期间：合理期间、“自标的物收到之日起两年”和标的物的质量保证期。学界对检验期间的性质存有争议。如认为，这一期间并非诉讼时效，也非除斥期间，而是异议期间，它不能中止、中断和延长，是不变期间。异议期间限制的是买方的违约责任请求权，不涉及形成权的行使。[30]　但也有学者认为，这一检验期间宜认定为除斥期间，因为买受人事实上享有是否主张异议的选择权，通过这种选择可使买卖合同双方之间的法律关系得以确定，也才发生

后续的其他形成权和请求权。[31]

在买卖合同没有约定检验期间时，《合同法》第158条同时规定了“合理期间”与“自标的物收到之日起两年内”两种期间。有法官指出，两者的关系与《民法通则》中的两年诉讼时效与二十年的诉讼时效的关系基本相同。即收货人首先受合理期间的约束，该合理期间最长不得超过物收到之日起两年。计算合理期间的起始点与计算两年的起始点不同：前者以买受人检验发现质量问题为起始点，后者以买受人自标的物收到之日为起始点。[32]

此外，当事人约定的检验期间或者质量保证期间不能短于法定质量保证期间，殆无疑义。但若当事人约定的检验期间或质量保证期间长于法定期限时，超过的期间部分是否有效？实务界与理论界均有人主张，应根据标的物的性质认定：标的物属性随着时间推移而变化的，应认定超过的部分无效；属性不会随着时间推移而改变的，可视为出卖人自愿加重自身义务，约定有效。[33]

四　分期付款买卖

（一）分期付款的界定

分期付款买卖是典型的信用买卖。《合同法》第167条对其作了极其简单的规定：“分期付款的买受人未支付到期价款的金额达到全部价款的五分之一的，出卖人可以要求买受人支付全部价款或者解除合同。出卖人解除合同的，可以向买受人要求支付该标的物的使用费。”它并没有界定分期付款的最少期次。有学者认为，只要当事人约定买受人分两次以上付款的，均可以认定为分期付款买卖。[34]《买卖合同司法解释》第38条第1款则明确规定，分期付款“系指买受人将应付的总价款在一定期间内至少分三次向出卖人支付。”

（二）立法论

1.适用范围

《合同法》规定的分期付款买卖合同是否仅限于买卖合同，不能适用于与分期付款相关的信贷合同？有学者认为，不动产买卖中的按揭贷款合同虽然也是分期付款交易，但它并非在出卖人与买受人之间进行，而是发生在买受人与银行之间，故不能适用《合同法》第167条，因此构成立法缺陷。[35]

2.形式强制与内容控制

《合同法》并未规定分期付款买卖合同应采取书面合同形式。有

学者建议，应借鉴发达国家或地区的立法经验，确定此类合同应采用书面形式，或者由《合同法》规定，或由《消费者权益保护法》规定。[36] 或进一步指出，在采取书面形式的前提下，还应对分期付款买卖作出书面强制要求，并列举其应记载事项。这类规范应定性为相对强制性规范，除非合同作出对消费者有利的约定，否则不得排除适用。[37]

在内容上，有学者建议《合同法》应补充如下内容：①分期付款买卖当事人对标的物的交付时间没有约定的，出卖人应于买受人交付第一次分期金的同时交付标的物。②在分期付款买卖中，除法律或合同另有规定外，标的物所有权应自出卖人交付时起转移给买受人。[38]

3.合同解除

依据《合同法》第167条，买受人未支付价款达到全部价款的五分之一时，出卖人不但可以解除合同，还可以要请求提前支付全部价款。有学者认为，它违反了保护买受人的目的：首先，在分期付款中，期限利益是买受人最重要的合同利益，《合同法》规定出卖人可以要求买受人支付全部价款，而非规定请求买受人支付欠款并赔偿迟延支付的违约金，具有惩戒买受人的色彩。其次，出卖人行使解除权时，无须履行《合同法》第94条（法定解除的一般规定）规定的催告程序。[39] 或认为，《合同法》第167条“有画蛇添足之嫌，且与限制约定解除权的立法目的不符”。理由是：第167条的规范对象是约定解除权，而非法定解除权，但它实际上指向了法定解除权。鉴于法定解除权在《合同法》第94条已经有明确规定，且第94条已充分考虑了双方当事人的利益平衡，在分期付款买卖合同中并不会造成不公平结果，没有再加以特别规范的必要。另外，第167条规定的法定解除权的行使条件低于《合同法》第94条的标准，有利于作为解除权人的出卖人。[40]

《合同法》第167条仅规定“买受人未支付到期价款的金额达到全部价款的五分之一的”，并没有要求必须连续给付迟延。有学者建议，应增加“连续两期”的限制。即一期给付迟延仅能适用取回权，连续两期给付迟延并达到一定数额比例时，才能适用期限利益丧失制度。此外，应改变期限利益丧失与合同解除同时并列的立法模式，增加合同解除的催告。可规定出卖人主张期限利益丧失，并经催告20天后，买受人仍未支付剩余部分价金的，出卖人才能解除合同。[41]

值得注意的是，出卖人解除合同后能否请求损害赔偿？学者的看法有别。肯定说认为，《合同法》第167条与《合同法》第97条是相互结合的关系，两者相互并不排斥。反对说则认为，既然《合同法》

总则已明确规定了合同解除可以适用损害赔偿，但第167条并没有明确规定出卖人解除合同时请求买受人赔偿损失的权利，则出卖人不应有损害赔偿请求权。[42]

五　评论

合同法基本是以买卖合同为中心设计的，买卖合同的大多数规范都关涉合同法总论。《买卖合同司法解释》的很多条文也是《合同法》总则内容的补充与解释。我国合同法学历来侧重总则研究，故对买卖合同的研究亦称深入。以下就前文综述的问题，略陈管见。

1.一物二卖

只要以逐利为目的的理性人还存在，一物二卖的现象就不会消失。除一物二卖之外，最高法院的《租赁合同司法解释》第6条第1款还规定了一物二租行为。一物二卖无疑伤害了市场秩序，出卖人亦有违诚信，法律规范的重点应在于如何遏制一物二卖，保护各买受人的利益。

由此出发，遏制一物二卖之途，无非强化出卖人的责任，使其不因一物二卖而获取不当利益。若出卖人的损害赔偿额等于甚至超过其一物二卖的获利，其从事多重买卖的动力就会大为减弱。现行法完全可以实现这一点。

真正的难题在于如何保障各买受人的利益。在法律上，买受人固然可以获得损害赔偿，其利益可以得到保障。但是，若买受人的目的是取得标的物的所有权，或出卖人无力承担违约责任，由哪一个买受人取得标的物的所有权就至关重要。依现行法，最先完成物权变动的买受人应取得所有权，毫无疑义。但若各方均未完成物权变动行为的，由何者取得所有权，确实是个难题。

司法解释的思路虽未尽合法理，但终究解决了实际问题，这种实用主义思路未可厚非。其核心是强化不动产和交通工具等特殊动产占有的效力，甚至将其上升到公示的效力程度，似乎合于情理。但规定交通工具的占有效力优于登记，在现行法上存在巨大障碍。

在各方均未完成物权变动，且均未全部或部分履行合同时，司法解释依合同成立先后为序，确定各买方请求权的优先序位。这当然违反了债权平等性原则。有学者建议，此时应由出卖人决定将标的物的所有权移转给谁，但这种方案缺少现行法的支持（除非调解解决），而且出卖人势必将其转让给出价最高的买受人，这就相当于确认了由

最后一个买受人取得所有权。从实务角度看，无论所有权确定给第一个买受人，还是第二个买受人，都可能引发伪造合同、虚构买受人的道德风险。整体上看，第一个买受人更应采取风险控制措施，如不动产预告登记等，故从交易安全角度看，由最后的买受人取得所有权似乎更为合适。

2.风险负担

《合同法》的买卖合同规定主要借鉴了《联合国国际货物销售公约》，以至于有学者指出，《合同法》对其借鉴过多，忽视了国际货物买卖与国内货物买卖的区别，如《合同法》第141条和145条分别来自其第31条和第67条，但国内买卖中未必经常采用多式联运，“货交第一承运人”并不普遍。[43]

众所周知，在国际贸易中，国际贸易术语基本都涵盖了风险负担。这种风险负担能否完全移植到国内买卖合同，确实值得思考。兹以实务上歧义丛生的“货交第一承运人”规则为例。《合同法》第145条规定，当事人没有约定交付地点或者约定不明确，依照《合同法》141条第2款第1项的规定标的物需要运输的，出卖人将标的物交付给第一承运人后，标的物毁损、灭失的风险由买受人承担。《合同法》第141条的相关规定是：当事人没有约定交付地点或者约定不明确，且无法进行合同补充的，若标的物需要运输，则出卖人应当将标的物交付给第一承运人以运交给买受人。实务界一种流行的观点是，在“代办托运”中，出卖人将货物交给第一承运人时，标的物的风险负担即由卖方移转至买方，其依据即《合同法》第145条。这显然系对“货交第一承运人”的误解。在代办托运中，交付地点是明确的，因此无法适用该条规定。

第二节　赠与合同

一　赠与合同的性质与立法宗旨

《合同法》出台后，学者对我国赠与合同性质的认识依然存在分歧。通说认为，赠与合同为诺成合同，[44] 但依然有学者认为赠与合同为实践合同。[45] 或细化为：赠与合同原则上为实践合同，但具有社会公益、道德义务性质的赠与及经公证的赠与属诺成合同。[46] 针对这种理论上的众说纷纭状态，有学者建议，为杜绝争议，我国立法应当明确规定赠与合同为诺成合同，如“赠与人与受赠人意思表示一致，赠与合同成立。”[47]

主张所有形态的赠与合同均为诺成合同的理由主要为：①尽管《合同法》第186条规定了赠与人的撤销权，但赠与合同的诺成性与撤销赠与没有必然关系。②传统上，实践合同必须由法律明确规定；若认为系实践合同，则成立之前，赠与人不存在任意撤销权。③《合同法》规定了转移赠与物的所有权是赠与人的主给付义务，并非合同成立的要件。④若为实践合同，则赠与物为他人之物、未来之物时，赠与合同就永远无法成立。[48]

赠与合同的正当性曾纠缠数代学者。在中世纪以来的合同原因理论中，赠与被作为重要的原因类型，赠与合同才得以在合同法中立足。有学者认为，“优遇赠与人”是赠与合同立法的出发点。它表现为：第一，严格限定赠与合同之成立或有效要件；第二，减轻赠与人负责事由；第三，限制赠与人的责任范围；第四，缓和赠与合同的拘束力；第五，赋予赠与人以穷困抗辩权。第六，减轻赠与人的瑕疵担保责任。[49]

二　赠与人的撤销权

与多数国家的通行做法一样，《合同法》在规定赠与合同为诺成合同的同时，又赋予了赠与人撤销赠与合同的权利。对《合同法》使用的“撤销”一词，有学者认为，“撤销”是指利害关系人依法使有疵累的法律行为的效力归于消灭；“撤回”则指因特定事实的发生，利害关系人依法收回其所作的无瑕疵的法律行为。故，《合同法》也应将“撤销权”的概念转换为“撤回权”，以区分赠与人在可变更可撤销赠与合同中享有的撤销权、保全债权人享有的撤销权。[50]

（一）任意撤销权

《合同法》第186条规定：“赠与人在赠与财产的权利转移之前可以撤销赠与。但具有救灾、扶贫等社会公益、道德义务性质的赠与合同或者经过公证的赠与合同，不适用前款规定。”同时，其第188条明确规定，具有救灾、扶贫等社会公益、道德义务的赠与合同或者经过公证的赠与合同，赠与人不交付赠与财产的，受赠人可以要求交付。上述规定确认了赠与人的任意撤销权及其限制。

1.构成要件

依据《合同法》，任意撤销权的构成要件包括两项：赠与财产权利未转移之前；赠与合同不具有救灾、扶贫等社会公益、道德义务性质，也未经公证。但有学者认为，应增加“赠与人未因自己的故意或重大过失而致使赠与财产毁损、灭失之前”这一要件。因为赠与人在

赠与财产因自己的故意或重大过失而毁损、灭失之前，未行使任意撤销权，在损害事实发生之后才行使的，构成权利滥用。[51]

2.与《合同法》第74条的关系

《合同法》第74条规定了债权人的撤销权，《合同法》又同时规定了一些赠与合同不能撤销，两者在实践中可能存在冲突。为解决这一矛盾，有学者认为，债权人撤销的合同为赠与合同时，若赠与的标的物为即时消耗物的，债权人无权行使撤销权；若赠与的标的物非即时消耗物的，应当引入公证公告制度。即在赠与行为实施前由公证机关公告，公告期间允许债权人进行申告，若赠与人的赠与为恶意的，则不予公证，债权人可行使撤销权。[52]

3.除斥期间

《合同法》并没规定赠与人任意撤销权的除斥期间。较多学者建议应规定任意撤销权的除斥期间，适度限赠与人的任意撤销权。如认为，赠与合同的任意撤销权应与其他撤销权一样受除斥期间限制，以促使权利人尽快地行使权利，保护相对人的利益。起算时间不妨从赠与合同成立之日起计算。[53]

4.撤销的法律效力

赠与的任意撤销发生在赠与财产权利转移之前，赠与尚未履行，不存在受赠人返还赠与物的义务。对需办理登记才能移转所有权的赠与物，有学者认为，这类赠与财产已经交付受赠人但没有办理登记手续时，受赠人有返还赠与财产的义务。这是基于所有权的返还，而不是基于不当得利。[54]

《合同法》并没规定撤销赠与后，受赠人是否可以请求赠与人赔偿信赖利益。学界大多持肯定态度。若受赠人信赖赠与人不会撤销赠与，赠与人却不履行赠与义务，使受赠人的信赖利益受到损失时，受赠人有权请求赠与人赔偿信赖利益损失，如受赠人准备接受、安置赠与物品的必要支出等。[55] 或进一步指出，对受赠人信赖利益的保护，应以赠与人有过错为要件，因为依社会常识，受赠人应该对接受“免费午餐”的风险有充分认识，其注意义务比一般合同的权利人更高，即把支出控制在可得收益之内。此外，信赖利益的损害赔偿范围限于赠与利益。[56]

（二）法定撤销权

《合同法》第192条第1款和第193条第1款规定了赠与人及其继承人的法定撤销权，其情形包括：受赠人严重侵害赠与人或者赠与人的近亲属；受赠人对赠与人有抚养义务而不履行；受赠人不履行赠与

合同约定的义务；因受赠人的违法行为致使赠与人死亡或者丧失民事行为能力等。

1.构成要件

对“严重侵害赠与人或者赠与人的近亲属受赠人”的认定，有学者认为，应限于受赠人故意侵害赠与人或其近亲属，并已构成犯罪的情形。此外，受赠人不履行合同约定的义务，若系不可归责于受赠人的事由所致，赠与人不得行使撤回权。[57]

《合同法》仅规定受赠人不履行赠与合同约定的义务时，赠与人可行使撤销权。但没有规定在赠与的目的不能实现时，赠与人可以撤销赠与合同。有学者认为，这属于法律漏洞。[58]

赠与人的近亲属非赠与合同的当事人，通常不享有撤销权。法律赋予其在特殊情形撤销赠与合同的权利，主要是考虑到他们与赠与人的特殊身份关系，受赠人对他们的侵害，“实质上也就使赠与人本人受到了间接侵害。”[59] 基于这种理由，有学者建议，虽非近亲属，但与赠与人感情密切的人，也可享有撤销权。[60]

对“赠与人死亡或丧失民事行为能力”的理解，学界看法不同。首先，对“死亡”，有学者认为，受赠人对赠与人或其近亲属故意实施犯罪行为但未致赠与人死亡时，或受赠人不法侵害赠与人及其近亲属，但赠与人并非因侵害行为致死，而是由于忧伤过度、自杀等致死时，赠与人的继承人或法定代理人均不能行使撤回权。[61] 其次，对“丧失民事行为能力”，或认为是指丧失全部民事行为能力；[62] 或认为任何致赠与人民事行为能力受损害的行为，都构成对赠与人利益的“严重侵犯”。[63]

亦有学者主张扩大继承人的撤销权范围。如在受赠人的行为严重违背所附义务和赠与本意，或者妨碍了赠与人撤销赠与时，赠与人死亡后，赠与人的继承人可以撤销赠与。[64] 或认为，在受赠人故意妨碍赠与人行使撤回权时，应类推适用《合同法》第193条第1款的规定，即受赠人实施违法行为致使赠与人死亡或者丧失民事行为能力时，赠与人的继承人或者法定代理人享有撤销权。[65]

2.法律效力

赠与的法定撤销适用于赠与合同已经履行的情形。有学者认为，赠与撤销具有溯及力，即应恢复到当事人订立合同前的财产状态。这种返还请求权的性质为不当得利。[66] 反对意见则认为，撤回权行使的效果与物权变动模式有关，我国并不区分负担行为与处分行为，在买卖、赠与等合同之外，并不存在独立的处分行为。因此，赠与人一

旦行使撤回权，该权利的行使不仅使赠与合同的效力归于消灭，而且也及于赠与人移转赠与物权利的行为，赠与人可以行使所有物返还请求权。[67]

三　穷困抗辩权

《合同法》第195条规定，“赠与人的经济状况显著恶化，严重影响其生产经营或者家庭生活的，可以不再履行赠与义务”。据此，赠与人在特殊情形可以主张“穷困抗辩权”，以免除赠与义务的履行。其目的在于优遇赠与人，平衡赠与人与受赠人之间的利益。

（一）穷困抗辩权与法定撤销权

在《合同法》上，赠与人享有法定撤销权与穷困抗辩权。有学者指出，两者之间的差别是：①立法目的。前者旨在惩罚受赠人的忘恩行为或不履行义务的行为；后者旨在照顾已处于穷困中的赠与人，平衡双方当事人的利益。②溯及力。前者具有溯及力，即使赠与人已经移转赠与物的权利，也可请求受赠人返还；后者则不具有溯及力。[68]

（二）适用条件

《合同法》对穷困抗辩权的要件规定已相当明确：一是赠与人的经济状况显著恶化，且必须发生在赠与合同成立以后；二是赠与合同的履行将严重影响赠与人的生产经营或者家庭生活。但若不限定穷困抗辩权可适用的赠与合同范围，它必然与《合同法》第186条规定的任意撤销权重合。因为任意撤销权在赠与合同履行之前均可行使，无论赠与人的经济状况是否显著恶化都如此，而穷困抗辩权也产生于赠与合同履行之前。可见，行使穷困抗辩权的所有情形，赠与人均可行使任意撤销权。为解决这一问题，有学者添加了“必须是在具有救灾、扶贫等社会公益、道德义务性质的赠与合同或者经过公证的赠与合同中”这一要件。此外，“显著恶化”必须发生在赠与合同成立后，恶化的原因可能是赠与人与他人所致，但赠与人故意恶化其经济状况的除外。[69]

也有学者认为，《合同法》规定穷困撤销权必须在赠与物权利移转前行使，这不符合穷困救济权的本质，且不能消除赠与人的顾虑，故我国立法不宜作此限制。[70]

（三）法律效力

穷困抗辩权的行使是否产生解除赠与合同的效力，学界看法不同。或认为，赠与人行使抗辩权并非完全解除赠与合同，而只是产生

延期给付的效力，赠与合同依然存续，赠与人可不履行部分赠与义务。若赠与人经济状况嗣后改善的，应继续履行赠与义务。另外，法院不能依职权援用穷困抗辩权。[71] 反对意见则指出，穷困抗辩权是情势变更原则在赠与合同中的具体体现。在世界立法史上，有抗辩权主义、撤销权主义与解除权主义三种立法例。《合同法》采抗辩权主义：在具备法定条件时，赠与人可以拒绝履行未履行的赠与义务，已履行的部分，赠与人不得请求返还。在行使穷困抗辩权后，即便赠与人恢复了履行能力，由于赠与人的赠与义务已归于消灭，赠与人也不再负有继续赠与的义务。[72]

四　赠与人的责任

《合同法》第189条规定："因赠与人故意或者重大过失致使赠与的财产毁损、灭失的，赠与人应当承担损害赔偿责任。"此外，第191条规定："赠与的财产有瑕疵的，赠与人不承担责任。附义务的赠与，赠与的财产有瑕疵的，赠与人在附义务的限度内承担与出卖人相同的责任。"学界对这两条规范的研究较多。

（一）解释论

1.《合同法》第186条与第189条的关系

《合同法》第186条与第189条是否冲突，学界观点不同。

肯定说认为，赠与人完全可以利用第186条规定的任意撤销权来规避第189条。因为第186条没有限制赠与人任意撤销权的行使范围与期间，除《合同法》第186条第2款以外的赠与合同，均可被无理由地任意撤销。在受赠人对赠与财产因赠与人的故意或重大过失毁损、灭失时，受赠人实际上无法请求损害赔偿，所以，第189条"在大多数情况下成为一纸空文。"[73]

反对意见则认为，第189条与第186条并不冲突，因为其适用范围不同：赠与合同不撤销为赠与合同的特殊生效条件，在此生效条件成就之前，受赠人仅享有对赠与物的期待权。赠与人如果故意促使条件的成就，根据附生效条件合同的规则，视为条件成就，受赠人有权请求赠与人交付赠与物，赠与人在不能交付时，应赔偿受赠人的损失。故，在赠与人故意或者重大过失导致赠与物丢失时，赠与人不能行使任意撤销权，而应赔偿受赠人的损失。[74]

2.违反第189条的损害赔偿范围

学界对赠与人故意或者重大过失致使赠与财产毁损、灭失时的损

害赔偿范围，观点不一。

一种观点认为，赠与人的赔偿范围包括受赠人因无法得到赠与物的损失（赠与物的价金），也包括受赠人为接受赠与而支出的必要费用。[75]

反对意见则认为，赔偿范围应限于信赖利益损失，因为赠与人因故意和重大过失致赠与物毁损、灭失的赠与不能，与赠与人撤销赠与的法律效力应相同。从赠与人享有任意撤销权的规定可以看出，受赠人并不享有赠与合同的履行利益。[76]

3.第191条规定的责任性质

《合同法》第191条规定的赠与人的责任性质，理论界同样存在违约责任说[77] 与瑕疵担保说之争。其根源在于是否承认《合同法》中的违约责任完全取消了瑕疵担保责任。有学者认为，从体系解释的角度看，该种责任宜定性为不完全给付责任而非瑕疵担保责任。该条中“瑕疵”的外延包括权利瑕疵。该条第1款第1句、该款第2句与第2款之间，存在着一般与例外的关系。除非有特别规定，赠与人对赠与物瑕疵的一切过错与造成的损害，均无须负责。[78]

4.《合同法》第191条与《侵权责任法》

学界多认为，《合同法》第191条应排除《侵权责任法》的适用。如认为它规定的瑕疵担保责任与侵权责任不能竞合，因为许可当事人任意选择，会使合同法的宽恕无偿奉献者的目的无法体现。[79] 或认为，当赠与物造成受赠人固有利益损失时，发生违约责任与侵权责任的竞合，此际宜采请求权相互影响说，即赠与人仅在故意不告知瑕疵或保证无瑕疵的情形时，才承担侵权责任，以防《合同法》优待赠与人的立法意旨形同虚设。[80]

（二）立法论

有学者指出，《合同法》第189条和第192条至少存在两个缺陷：其一，仅规定了两种违约行为即履行不能与不完全履行，而未规定拒绝履行和迟延履行。其二，未限制赠与人的责任范围。如第189条并未规定赠与人的责任范围仅限于赠与物的价额，第191条并未规定赠与人应仅对受赠人因瑕疵所致的损害承担赔偿责任。[81]

五　评论

赠与合同在无偿合同中的地位与买卖合同在有偿合同中的地位相当，其重要性程度不言而喻。学界对赠与合同的研究也相当深入。兹

略陈管见，狗尾续貂。

1.赠与合同的性质

可以说，赠与合同立法的全部出发点，都在于保护赠与人的利益。在赠与合同的成立和效力方面，各国或采取严格的形式主义，或将其定为实践合同，或规定赠与人的任意撤销权。其目的都在于给赠与人一段犹豫期，鼓励赠与人的善意，但不苛求善意。

相比而言，将赠与合同定位为诺成合同，并辅之以任意撤销权，是最佳的立法模式。通过严格的形式主义、实践合同来缓和赠与人的义务，尽管完全是合理的，但毕竟与意思自治有违，不如在不损害意思自治的前提下，通过设立任意撤销权来保护赠与人。此外，《合同法》赋予经公证后的赠与合同的强制执行力，虽然体现了合同形式强制观念，但当事人采公证方式，足以表明其赠与意思的坚定性与严肃性，无伤意思自治，值得肯定。

现行法上的赠与合同制度较值得斟酌的问题，是如何保护受赠人的信赖利益。依现行法，赠与人依据《合同法》第186条撤销赠与合同，受赠人的信赖利益应可适用《合同法》第58条关于合同无效或被撤销后的法律效力的规定。但是否可规定若受赠人合理信赖赠与人不会撤销赠与时，赠与人不能撤销合同，还需斟酌。正如有学者指出，任意撤销权隐含了“有约不守”的观念，对受益方信赖保护欠佳。[82]

最后，鉴于《合同法》对赠与合同的定性至今还存有争议，未来立法可进一步明确其性质，至少在立法理由书中明示。

2.赠与与捐赠

《合同法》明确规定，“具有救灾、扶贫等社会公益”的赠与合同不能撤销。这种赠与合同是为第三人利益而订立的，可称为捐赠。有学者将其区分为可直接适用《合同法》的捐赠（受赠人明确）与不能直接适用《合同法》的（受赠人并不明确）捐赠两类：在受赠人不明确时，双方未就赠与达成合意的，可认为构成委托赠与关系，按委托合同处理；受赠人明确的捐赠，当事人之间成立第三人利益合同。[83]按照委托合同处理受赠人不明确的捐赠，较贴近当事人的合同目的，因为受赠人其实承担了必须依约将赠与物的所有权移转给特定第三人的义务。但其最大的问题是委托人可任意解除合同，实践合同可这就相当于在赠与物已交付时，捐赠人实际上还享有赠与人的任意撤销权，这无疑与现行法相悖。若将受赠人不明确的赠与合同解释为系第三人利益合同，存在两个问题：其一，第三人利益合同中的第三人是否可以在订立合同时不确定？其二，这种第三人利益合同是否为真正第三人利益合同？换言之，第三人是否可以向赠与人请求交付？

捐赠对社会公益的意义不可小觑，加之还涉及税收优惠等一系列问题，我国用单行法模式调整，使其与《合同法》上的赠与合同分离，应值得肯定。

第三节　借款合同

一　借款合同的性质

《合同法》第196条规定：“借款合同是借款人向贷款人借款，到期返还借款并支付利息的合同。”依此，借款合同均为诺成合同。但《合同法》第210条又规定，自然人之间的借款合同，自贷款人提供借款时生效。对自然人之间的借款合同究竟为诺成合同还是实践合同，理论界素有争议。

较多学者认为，自然人之间的借款合同是实践合同。[84]　但是，按照意思自治原则，当事人双方可以约定借款合同以提供借款为成立要件。[85]　将自然人的借款合同定性为诺成合同与实践合同的差异在于：在前者，贷款与否不再是贷款人的自由，而是其义务；在后者，贷款人可以选择是否交付贷款以使借款合同成立。有学者指出，将自然人之间借款合同定性为实践合同，主要是基于该合同的无偿性。在无偿的借款合同中，贷款人在合意达成后交付标的物前，能有机会考虑斟酌是否成立借款合同，实践合同可起到警示作用，以保护贷款人的利益。[86]　或认为，自然人之间的借款合同多为无偿、互助性的，且标的较小，若贷款人出于道德、对借款人的同情和信任而提供借款，为了鼓励这种民间借贷，对贷款人的权利可给予特殊保护，即贷款自由。[87]

反对意见则认为，自然人之间借款合同是诺成合同。其理由主要为：《合同法》第210条只是将金钱的交付作为借款合同的生效要件，而不是成立要件。[88]

也有学者反思了将自然人的借款合同定性为实践合同的弊端：①在无息借款中，赋予贷款人悔约权，有利于保护其利益；但在有息借款中，却不利于保障借款人的信赖。②根据主体的不同，对借款合同分别采用实践合同和诺成合同，不仅人为地割裂了借款合同的内在同一性，而且在无偿借款合同与赠与合同之间人为地制造了差别。因为它们都是无偿的，都是财产的给予，都涉及权利归属的改变。③实践合同说往往必须承认预约，而预约的观念却会带来许多不必要的麻烦。如有疑义时，当事人的合意究竟应当认定为借款合同的预约，还

是诺成性的借款合同？[89] ④并非所有自然人之间的借款合同均为无偿合同，自然人之间的有偿借款合同更为普遍，在有偿的借款合同中，并无特别保护贷款人的理由。⑤一体确认自然人之间借款合同为实践合同，不仅损害合同自由，而且有违比例原则。[90]

在立法论上，有学者建议根本废除借款合同的实践性。[91] 或认为，宜缓和自然人之间借款合同的实践性，区分自然人之间的有偿与无偿借款合同。有偿的，应一律规定为诺成性行为，完全践行私法自治原则；无偿的，因贷款人大多出于好意和恩惠，应兼顾私法自治及相对人的信赖利益保护，但不得将“交付”强制规定为合同成立或生效要件。[92]

二 企业间借贷合同的效力

（一）合同效力

1.解释论

现行法律、法规、行政规章及司法解释许可自然人之间的民事借贷。对非金融机构企业之间的借款合同，《民法通则》、《合同法》等法律均未明确规定，但现行金融管理政策则明确禁止非金融机构企业从事借贷业务。

在司法实践中，最高法院基于中国人民银行的部分规章，在《关于对企业借贷合同借款方逾期不归还借款的应如何处理问题的批复》［法复〔1996〕15号］中明确规定：“企业借贷合同违反了有关金融法规，属无效合同。”法院判决企业间借贷案件援引的依据各不相同，如司法解释、《贷款通则》等金融管理法规和《合同法》第52条第4项（损害社会公共利益的合同无效）、《民法通则》第58条第52页（违反法律或社会公共利益的行为无效）等。依据最新司法精神，企业间借贷应区别对待：不具备从事金融业务资质，但实际经营放贷业务且以放贷收益作为主要利润来源的企业，其订立的借款合同无效。对不具备从事金融业务资质的企业之间的临时拆借行为，如提供资金的一方并非以资金融通为常业，不违反国家金融管制的强制性规定，不应当认定为无效。[93]

学界多认为，非金融机构企业之间的借款合同无效。[94] 但也有学者认为，企业间借贷合同有效，其理由为：①《合同法》第196条并未对贷款方的主体资格进行限制。②民间借贷是合法的，企业间借贷与民间借贷在法理上并无不同，不应区别对待。③《公司法》、典当行业的合法化及税收征管等，都间接承认了企业间借款的合法性。

此外，《建设工程合同司法解释》第6条规定，当事人对垫资和垫资利息有约定，承包人请求按照约定返还垫资及其利息的，应予支持。它实际上确认了以垫资为表现形式的企业借贷合同的合法性。[95] ④现行法律、行政法规并没有明确禁止企业间借贷，而且企业出借自有资金与商业银行从事的金融业务活动有重大差异，并不涉嫌“从事金融业务活动”，也不必然有损国家和社会公共利益。⑤司法实践普遍否定企业间借贷合同的效力，却又支持返还本金甚至包括支付利息的主张，且允许当事人达成和解协议，逻辑上明显抵牾。[96] ⑥在现有金融管理政策中，只有国务院制定的《非法金融机构和非法金融业务活动取缔办法》为行政法规，且其相关规范应为管理性规范而非效力性规范，不宜依此认定非金融机构企业借款合同无效。其余规范或为部门规章或为司法解释，效力层次不足。[97]

也有学者结合相关法律规定，认为企业之间借款合同的效力应为“一般有效，例外无效”。无效情形包括：一是公司董事、高级管理人员违反公司章程的规定，未经股东会、股东大会或者董事会同意，将公司资金借贷给其他企业，相对人明知或者应知的；二是企业以套用的银行资金进行放贷的；三是企业将以非法集资方式取得的资金进行放贷的。[98]

2.立法论

有学者建议，企业之间借贷既非民事民间借贷，也不完全属于商事民间借贷，而是介于两者之间。立法应当采取特别规范的方式，分类定性，区别对待。具有上下游供应商关系、母子公司关系且因生产需要发生的借贷等，应为合法有效。[99] 或主张，对公司间的借贷应采取禁止加例外许可模式：①明确公司具有借入资金与出借资金的权利，但法律另有规定或公司章程另有规定的除外。②明确公司借贷的自治性，将《公司法》第16条中的“公司向其他企业投资或者为他人提供担保”，修改为“公司向其他企业投资、为他人提供担保或为他人提供资金借贷”。③公司可以借贷的情形包括：公司集团的成员之间的借贷；公司与业务往来者、短期融通资金的必要者之间的借贷；对公司董事、监事、经理等高级管理人员提供公司章程设定的借贷资金。[100]

（二）企业间借贷的责任承担

我国诸多司法解释都规定了企业间借贷无效的法律效力。如1990年最高法院《关于审理联营合同纠纷案件若干问题的解答》［法（经）发［1990］27号］规定，对名为联营、实为借贷的合同，除本金可以返还外，对出资方已取得或约定取得的利息应予收缴，对另

一方则应处以相当于银行利息的罚款。1996年最高法院《关于企业相互借贷的合同出借方尚未取得的约定利息人民法院应当如何裁决问题的解答》亦重申："对企业之间相互借贷的出借方或者名为联营、实为借贷的出资方尚未取得的约定利息，人民法院依法向借款方收缴。"《关于对企业借贷合同借款方逾期不归还借款的应如何处理问题的批复》规定，企业借贷合同期限届满后，借款方逾期不归还本金，当事人起诉到法院的，对自双方当事人约定的还款期满之日起，至法院判决确定借款人返还本金期满期间内的利息，应当收缴。该利息按借贷双方原约定的利率计算，如果双方当事人对借款利息未约定，按同期银行贷款利率计算。借款人未按判决确定的期限归还本金的，应依《民事诉讼法》的规定加倍支付迟延履行期间的利息。

学界的观点与上述司法解释不尽相同。如有学者认为，企业间借贷合同中的利息债权也应受保护。因为从经济学上说，利息就是货币的时间价值；在法律上，利息是由作为主债权的金钱债权而产生的法定孳息。认定企业借贷合同无效时，其利息低于法定利率的，可以依照合同确认，高于法定利率的，除逾期部分可以按约定利率支持以外，借款期间的利率应以法定利率为准。最后，不能收缴约定的利息，也不能对借用方处以相当于银行同期贷款利息的罚款。[101] 或主张，企业间借贷的利率应予保护。即使利率过分高于合理水平的，也应通过民法上的显失公平和部分无效制度调整。[102]

法律行为无效的后果包含返还财产、赔偿损失和追缴违法所得。但在司法实践中，法院很少对企业间借贷适用"追缴违法所得"的制裁措施。有学者批判了这种制裁措施，认为它的适用会混淆民事责任与行政责任，法律行为无效的后果为恢复原状，罚款、收缴等责任形态应予废除。[103]

依最新司法实践精神，企业借贷合同被认定为无效的，因借贷双方对此均有过错，借款人不应获得额外收益。借款人在返还借款本金的同时，应当参照当地的同期同类贷款平均利率的标准，返还资金占用期间的利息。借贷双方既约定了逾期还款的违约金，又约定了逾期利率的，借款人可以同时主张逾期利息和违约金，但总额以中国人民银行公布的同期同类贷款基准利率的四倍为限。[104]

三　金融机构借款合同

（一）利息管制

1991年最高法院《关于人民法院审理借贷案件的若干问题》规

定，民间借贷可以适当高于银行利率，但最高不得超过银行同类贷款利率的4 倍（包含利率本数），超过此限度的利息不予保护。民法学界对利率管制也有深入讨论。

利息管制是私法社会化的重要体现，而利率市场化则是契约自由的必然结果。学界对利息管制的看法有别。有学者指出，“民间借贷利率的高度管制，违背了金融市场的运行规律，扭曲了金融资源配置的机制”，所以，应坚持利率作为反映资金供求关系的重要指标，只要利率是借贷双方的自愿约定，就应当以当事人约定的利率为准。[105] 反对意见则认为，利息的设定应坚持主流的客观主义规制模式，但应区分民事借贷与商事借贷。对民事借贷，现行的利率上限过高，调整为银行同期贷款利率的两倍较为合适，并注重合同缔结过程的主观状态，扩大解释并适用欺诈、胁迫、乘人之危等意思瑕疵规则。对商事借贷，可坚持同期贷款利率的四倍上限，将其作为商业社会的“习惯法”。[106] 或认为，对民事借贷利率不必干涉，对商事信贷，可制定“利率限制法”，详细设定不同信贷金额的最高利率。[107]

折中观点则认为，利息管制有助于维护基本的商业道德，维护商人的形象和商业经营的声誉，在很大程度上有助于提高经济效率。在具体内容上，宜对消费信贷进行较严格的管制，对商业信贷则应采取相对宽松的态度。我国现行法的利息管制规则对保护消费者而言，上限过高，应及时修正。在管制方式上，各国通常都将显失公平制度作为兜底性规范。利息管制制度具体运行的效果，取决于信贷的弹性或管制的有效性。在现代社会，因为投资手段日益多样，利息管制在社会保障方面的效果日益降低。[108]

（二）提前还贷

《合同法》第208条规定，借款人提前偿还借款的，当事人另有约定的除外，应当按照实际借款的期间计算利息。《合同法》第71条规定，“债权人可以拒绝债务人提前履行债务，但提前履行不损害债权人利益的除外。债务人提前履行债务给债权人增加的费用，由债务人负担。”原则上债务人应在约定的履行期限内履行。此外，中国人民银行《人民币利率管理规定》第26条规定，借款人在借款合同到期日之前归还借款时，贷款人有权按照原贷款合同向借款人收取利息。基于对这些规范的不同理解，学界对提前还款是否构成违约，展开了深入讨论。

主流观点认为，提前还款并非违约行为，还款期限有约定，按照约定；没有约定的，按照实际借款的期间计算利息。[109] 但也有学者持不同意见。如认为，提前还贷并非法定违约行为，若贷款协议没有

约定提前还款应承担违约责任，提前还贷应视为借款人的权利。但是，无论是违约性的提前还贷，还是非违约性的提前还贷，借款方均应补偿贷款方因此发生的合理费用。[110] 但亦有学者指出，若提前还款不损害贷款人利益的，可以不经贷款人同意提前还款。否则，贷款人有权拒绝借款人提前还款。[111]

对未到期利息，有学者认为，现行法对债务人可以提前偿还，但应支付未到期利息的规定，显然没有区分企业经营者借贷和消费者借贷，不应适用于分期付款买卖。立法应区分商业借贷和消费信贷，并对消费信贷的借款人应支付的未到期利息，作出限制性规定。[112]

2.提前还款约款

在实践中，提前还款往往不利于银行，故借款合同往往约定了提前还款的违约责任。有学者认为，提前还贷约款应考虑如下因素：其一，借款方得享有在一定期限后提前还贷的权利，不因此承担违约责任；其二，借款方得享有每年提前偿还一定比例（以贷款本金的10%为宜）的贷款的权利，不因此承担违约责任；其三，借款方提前还贷必须提前通知，且通知不能撤销，一般提前1个月为宜；其四，借款方提前还贷的数额必须达到一定金额，以维持贷款合同的相对稳定性；其五，借款方在合同约定的期限前还贷的，或者每年还贷金额超过约定比例的，或者提前还贷没有达到约定金额的，借款方应承担违约责任。贷款合同中的提前还贷违约责任条款不宜采取格式条款形式，以保证借贷双方利益的平衡和地位的平等。[113]

如果提前还贷违约金条款是格式条款的，因为银行取得了违约金请求权，却没因此承担任何义务，有学者认为它属于“霸王条款”，不具法律效力。[114]

（三）违约责任

1.实际履行

《合同法》第201条规定：“贷款人未按照约定的日期、数额提供借款，造成借款人损失的，应当赔偿损失。借款人未按照约定的日期、数额收取借款的，应当按照约定的日期、数额支付利息。”该条确立了借款人收取借款的义务，但不适用于自然人之间的借款。[115] 有学者认为，贷款方根本不放款，违反的是合同主义务，但借款人只能请求损害赔偿，不能要求贷款人实际履行。同样，借款人不收款时，贷款人也不能诉请借款人实际履行。[116]

2.损害赔偿金与违约金

对损害赔偿的范围，合同有约定的自然依照约定；无约定的，有

学者认为，原则上应以迟延利息为限。借款人为替代交易的，因另行借款所发生的费用及高出的利息损害，也应赔偿。借款人遭受相关交易上的损害的，只有借款合同已明定该相关交易或贷款人在借款合同订立之时知情的，才予赔偿。不收取贷款的损害赔偿范围，包括银行应得而未得的净利与利息恶化的损失。《合同法》第201条关于利息支付的规定不符合借款合同的特性：未收取款，何来利息？[117]

《合同法》第201条第1款没有提及违约金。有学者因此认为，在借款人遭受损失时，应请求赔偿损失；只有在借款人没有损失时，违约金约定才发挥效力，贷款人按照约定支付违约金。可见，相对于《合同法》第114条而言，第201条第1款弱化了违约金约定的任意性，对双方都有一定的好处。[118]

3.复利

有学者认为，是否计算复利，取决于政策上是倾向于保护贷款人利益还是借款人利益。考虑到贷款人多为金融机构及现代社会债务人弱者地位的改变，为保障银行债权的实现，宜计算复利。另外，当事人在合同中约定计算复利的，应为有效。因为拒绝如期支付利息就剥夺了他人收取利息再投资的权利，必然造成他人的损失。[119]

4.罚息

有学者认为，罚息属于法定违约金的范畴，但仅适用于金融机构作为贷款人的借款合同，体现的是金融和金融秩序优位的思想，事实上造成了贷款人之间、金融机构与贷款人之间的不平等。此外，它与《合同法》明显冲突，应不再适用。[120]

5.提前收回欠款

《合同法》第206条规定：“借款人应当按照约定的期限返还借款。对借款期限没有约定或者约定不明确，依照本法第六十一条的规定仍不能确定的，借款人可以随时返还；贷款人可以催告借款人在合理期限内返还。”有学者指出，国际银团贷款可能有加速到期条款，即由于约定事件发生，将没有到期的合约视为到期。在我国，这种约定应确认为无效。银行只能主张不安抗辩权，如果借款人已经提供担保的，银行无权提前收回借款。[121]

四　评论

整体上看，民法学界对借款合同的研究并不深入，可能的原因是借款合同受行政管制过多，难以满足抽象研究的兴趣。兹就学界重点

讨论的问题，发表议论一二。

1.借款合同的性质

借款合同的性质之争，主要集中在自然人的借贷。它是实践合同在现在民法中最后的几个堡垒之一。故它系诺成还是实践，首先关涉现代法如何对待罗马法的遗迹。

晚近学界对实践合同的研究，以废除论为主导。如认为，不宜固守“罗马法有，我亦应有”的教条，而宜从合同的无偿性出发，赋予给付方以反悔权，使其与任意撤销权、合同要式性等一道，“共同编织起一张对具有慷慨美德者的保护之网”。[122] 或从私法自治的要义出发，认为“财产性的契约均应予以‘诺成化’，保留要物契约此种法制史上的残留物，实无必要。”[123] 甚或建议未来的《民法典》应当明确否定实践合同。[124]

私法自治要求当事人严守其允诺，实践合同放宽了对当事人允诺效力的要求，有悖于私法自治，当无疑问。为保护无偿合同中的债务人，在将无偿合同定性为诺成合同的同时，可赋予义务人撤销权，但这同样会产生“有约不守”的道德难题。此外，将其定性为预约，产生的问题更多，如它是法律上的合同还是社交行为？预约的内容是双方诚信磋商还是按预约正式缔结合同等。

在以上方案中，自然人的借款合同若与赠与合同一致，采诺成合同，并赋予贷款人以任意撤销权，在体系上更为一致。

2.贷款人的实际履行义务

在我国，贷款人违约不放贷，往往是因为政策变化使其授信方向与额度受到限制，或银行新发现了借款的风险，此时银行可主张情势变更、不安抗辩权等。若不存在上述情形，银行无理由反悔并不欲放贷的，借款人也不应享有实际履行请求权。因为贷款人提供贷款的义务虽然属金钱债务，可强制履行，但借款合同对借款人的信用要求高，一定程度上具有人身性质，而且任何借款都具有信用风险，若判决实际履行，可能给银行造成远远超过承担损害赔偿金的损失。可见，贷款义务的软化和借款人救济手段的限制具有合理性。

3.企业间借贷的效力

我国现行法律、行政法规确实不存在明确禁止企业间相互借贷的规范。如果将“从事金融业务活动”理解为“吸收公众存款”，企业间借贷显然并非从事金融业务活动。实践中之所以禁止企业间借贷，其深层背景其实是金融业垄断的政策。这种垄断并不限于“吸收公众存款”，也包括垄断企业间借贷、禁止企业与自然人通过借贷业务获得

资本流通的利息。目前，我国银行业的利润绝大部分还是来自于息差，这足可说明金融业管制的根由。这是合同法学无法解决的问题，只能寄望于金融的市场化改革的推进。

此外，随着利率市场化改革，央行未来可能不再公布贷款基准利率。司法实践中以基准贷款利率的四倍作为利率保护上限的做法，也将难以为继，以后应采取何种标准，值得考虑。

第四节　租赁合同

一　买卖不破租赁

（一）《合同法》是否确认了“买卖不破租赁”

法制史上有“买卖破租赁”（emptio tollit locatum.）和“买卖不破租赁”（Kauf bricht nicht Miete.）两种传统。《合同法》第229条规定：“租赁物在租赁期间发生所有权变动的，不影响租赁合同的效力。”本条仅26个字，言简意赅，为解释论留下的空间甚大。

通说认为，它规定了“买卖不破租赁”制度。[125] 但有学者认为，“就语句的规范意义而论，第229条似乎反而更接近于买卖‘破除’租赁之立场”。“不影响租赁合同的效力”最合乎情理的解释，只能是“租赁合同依然只拘束出租人与承租人”。[126]

《合同法》并未使用“租赁物之出卖”的措辞，而表述为租赁物的“所有权变动”不影响租赁合同的效力，未采狭义的“买卖不破租赁”。有学者指出，“买卖不破租赁”只是一种形象的说法，租赁物所有权的变动不限于买卖。[127] 虽然“买卖不破租赁”是租赁物所有权变动不影响租赁关系的典型形态，但并不能涵盖其全部情形，因此，用“买卖不破租赁”指称《合同法》第229条确有不周延之处，忠实于《合同法》的称谓应是“所有权变动不破租赁”。[128]

（二）“买卖不破租赁”证成的两种方法

1.价值论证

“买卖不破租赁”的主流论证方式是诉诸价值，即保障处于弱势地位的承租人的居住利益，它是租赁合同社会化的重要面向。[129] 但是，也有学者主张，“买卖不破租赁”对不动产承租人的特殊保护之立法政策已无多大实际意义：无论是在不动产租赁还是动产租赁中，当租赁物在租赁期间权利归属发生变动时，对承租人“安身立命”和“生存

利益”的保障，完全可以通过由出租人承担违约责任来实现。[130]

一种新的论证思路是诉诸私人自治。其推理过程为：若不承认“买卖不破租赁”，在甲将租赁物出租于乙，后甲将其出让于丙时，对所有权人丙而言，乙是无权占有人；若丙向乙请求返还所有物，甲应对乙承担违约责任（《合同法》第228条）。这就违背了私人自治：一方面，乙的法律地位受制于他人行为，乙被迫从有权占有人变成无权占有人；另一方面，甲的法律地位亦受制于他人行为，甲是否及何时对乙承担违约责任，受制于丙是否及何时向乙行使物权返还请求权。民事主体的法律地位在缺乏自己的意志时即因他人行为改变，严重违背了私人自治原则。相反，若承认“买卖不破租赁”，承租人乙保持有权占有法律地位，出租人甲因为乙的有权占有即无须承担违约责任。[131]

2.法技术论证

“买卖不破租赁”能否由传统法教义学的基本规则推演，近年来受学界重视。其论证的核心是，承租人在租赁期间对租赁物合法占有，到底在何种程度上可以对抗包括新所有权人在内的第三人？

依物权法定主义，租赁权作为债权，不具备物权效力。但租赁权人对物的占有，其效力强度如何，殊值讨论。学界间接涉及这一问题。如指出，我国现行法虽然没有赋予租赁权排除力，但承租人可以援引《物权法》占有保护的规定，行使占有的物上请求权。[132] 在租赁物交付使用后，租赁法律关系存在债权与支配权的双重结构，既有物权的部分特征，亦受债务关系制约。[133] 或进一步认为，承租人“因其占有地位而获得针对受让人所有物返还请求权的抗辩，承租合同仍存续于出租人与承租人间，不发生法定的合同概括承受效果”。[134] 上述观点尽管没有明确承租人对租赁物的有权占有是“买卖不破租赁”的必然结果，然而在逻辑上隐含了这一结论。即承租人对租赁物的有权占有，可对抗租赁物的新所有权人。也有学者明确承认这一结论，并指出，《合同法》第229条的目的“在于重申租赁合同不因租赁物权利归属的变动而变动其效力，这样就使承租人在租赁物权利归属变动后可以继续依租赁合同占有租赁物，并以这样的有权占有来对抗租赁物新权利人的返还原物请求权”。[135]

值得注意的是，有学者认为，从债权的相对性也可以推导出买卖不破租赁的结论。债权合同仅在债权人与债务人之间发生效力，和标的物所有权的变动无关。因此，即使《合同法》第229条不存在，租赁合同的效力也不受影响。第229条的法律效力只是确定租赁物的所有权变动后，原租赁合同对受让人继续有效。[136] 但通说观点与此相

反，认为“买卖不破租赁”突破了合同相对性原则，赋予了租赁权具有对抗第三人的效力。[137]

（二）适用条件

1.标的物的占有

学界多认为，《合同法》第229条适用的前提是出租人将租赁物交付给承租人，且承租人继续占有租赁物。其目的是使租赁权具有公示性，以保障交易安全。[138] 即使是不动产在交付后，欲购买该不动产的第三人也可由占有外观得知该不动产被租赁的事实。[139] 在租赁物交付之前，承租人仅对出租人享有纯粹的债权请求权，仅得请求出租人移转物之占有；而占有移转之后，承租人则取得了债权及对物的支配权。如果租赁物未被承租人占有，租赁物的买受人就可以信赖现存的占有关系，承租人的租赁权不能对其产生对抗效力；如果承租人占有了租赁物，这一权利公示方式既向第三人作出了提示，又形成了承租人对租赁物的既定占有关系，赋予租赁权以对抗效力既不会影响交易安全，又能维护占有关系的稳定。[140]

2.动产与不动产

《合同法》第229条并没有将租赁物区分为动产与不动产。但学界通说认为，需对其作限缩解释，即仅不动产租赁可产生“买卖不破租赁”的效力。其理由主要是：动产通常为种类物，可替代性强，承租人因出租人让与租赁物而不能维持对物的使用时，可以从市场取得租赁物。[141] 将动产租赁权物权化会影响动产的正常流转，过分保护了承租人。[142]“无论何种标的物的租赁权均可物权化，如此一来，反倒模糊了‘买卖不破租赁’的政策定位，因为与住房等不动产租赁相比，动产租赁并不包含保障承租人安身立命的价值，让它与不动产一样被物权化，难言合理。”[143]

学界在将“买卖不破租赁”规则适用的客体限于不动产的同时，还分析了对动产承租人的保护。如认为，可通过类似《德国民法典》第986条第2款的规定保护；[144] 或认为，对动产租赁，一方面应规定承租人须现实占有租赁物且存在受让人通常可查知的租赁登记条件，另一方面还须规定受让人取消租赁的权利，从而缓和动产租赁权的对抗效力。[145]

但是，也有学者主张，“买卖不破租赁”对不动产与动产均可适用。其理由可概括为：①“买卖不破租赁”的正当性理由是矫正对私人自治的违反；②某些动产的价值或对承租人的重要性，都可能超过不动产；③在租赁物包括厂房、机器设备时，“买卖不破租赁”应一体适用于不动产和动产，否则，对同一租赁合同中的不同租赁物会形成区

别对待；④《合同法》“买卖不破租赁”采取的是维持承租人有权占有模式，因此无须区分动产与不动产。[146] ⑤对不动产、动产适用“买卖不破租赁”规则，都不会影响财产流通。这是因为：若买受人的主要目的不仅是要取得租赁物的所有权，还要实际占有和使用租赁物，完全可以选择其他同类物。在不动产与动产租赁中，租赁合同的物权化都十分显著，两者并无本质区别。承租人可以用租赁权对抗取得租赁物所有权或其他物权的人，有权对侵害租赁权的第三人请求排除妨害和损害赔偿。[147]

3.租赁权登记

依《合同法》第229条，无论租赁权是否需要进行登记，租赁权都具有对抗效力。[148] 但也有学者认为，“买卖不破租赁”规则的适用前提之一是，租赁权必须以登记为条件，因是否登记又完全取决于租赁合同的当事人，故，将租赁合同的物权效力系于登记则更多地体现了自治理念。[149]

（三）法律效力

1.合同法定移转

通说认为，租赁物所有权在租赁期间发生变动后，受让人自动取代原出租人的地位，承担原出租人的整体权利义务。[150] 换言之，它产生的是合同法定移转效力，租赁合同关系的主体发生变更，但内容并不因此改变。合同的内容，如“租赁标的物、租金标准和数额、租期等均不变，受让人与承租人自亦无须另定租约”。[151] 《租赁合同司法解释》第20条也规定，租赁房屋在租赁期间发生所有权变动，承租人请求房屋受让人继续履行原租赁合同的，法院应予支持。

2.维持承租人的有权占有

晚近有学者认为，《合同法》规定的是“租赁合同不受影响”，而并非租赁合同在买受人与承租人之间生效，其本意是要通过维持原租赁合同的效力来保证承租人对租赁物的实际租赁控制和使用，比适用债的法定转移规则更为便捷、合理：①避免法律关系复杂化。它既不必在买受人与承租人之间建立租赁合同关系，也不必求助于租赁登记制度，就可以使承租人对抗租赁物新权利人的返还请求权。②在维持租赁合同的效力、租赁权的债权性质与保持物权体系稳定的同时，强化了占有制度的功能。③更有利于平衡租赁物新权利人与承租人之间的利益。相比而言，债的法定转移将整个租赁合同关系移转给买受人，不仅将连带引起承租人与买受人之间的利益权衡问题，如租押金、租赁期限、损害赔偿债权如何行使等，还会使承租人与买受人同样面对变更合同当事人后的不确定因素，使双方的交易风险、履约风

险大增。[152] 或指出，我国立法尚无类似《德国民法典》第986条第2款的规范，难以认定承租人基于租赁合同的有权占有可以对抗新所有权人，而且依债的相对性原理，承租人基于租赁合同的有权占有要对抗新所有权人的物权请求权，需要法律明确规定。《合同法》第229条便属“法律明确规定”，其目的是维持承租人在“先租后卖”情形对租赁物的有权占有。[153]

3.《合同法》第229条的准用

在租赁合同存续期间，出租人有其他行为足以妨碍承租人使用收益的，有学者指出，基于平等原则及保护承租人利益的基本立法政策，可类推适用《合同法》第229条。[154] 或认为，如出租人对租赁物并不享有所有权，而是享有其他权利如土地使用权时，出租人在出租后将土地使用权让与或设定抵押权的，不属于“出租人让与租赁物所有权”或“租赁物所有权变动”。此时可借鉴比较上的“让与不破租赁”准用制度，类推适用第229条的规定。[155]

二　承租人的优先购买权

《合同法》第230条规定：“出租人出卖租赁房屋的，应当在出卖之前的合理期限内通知承租人，承租人享有以同等条件优先购买的权利。”确认了房屋承租人的优先购买权。学界对该条的争议集中在如下问题。

（一）正当性与规范性质

1.正当性

对承租人的优先购买权，学者多持肯定意见，将其目的归结为保护相对弱势的承租人。但该制度晚近也备受质疑：①限制了出租人的处分权，增加了交易风险，有违效率原则与公平理念。②没有多大实际价值。因为出租人与第三人很容易相互串通，损害承租人的优先购买权。[156] ③随着我国市场经济体制改革的深入，确立房屋承租人优先购买权的社会条件发生了变化，该制度的功能也日渐萎缩。[157]

2.强行法与任意法

对《合同法》第230条的规范性质，有学者指出，鉴于该条规范的目的是保护承租人，系任意性规定，而非强制性规定，当事人可以依特约排除。同样，优先承租权也可以依特约排除。[158]

（二）行使的条件与方式

1.出卖租赁物

《合同法》第230条明示优先购买权行使的前提是出租人“出卖”租赁物，“出卖”的范围如何，学界看法不同。

赠与、遗赠和继承等不属于“出卖”，学界没有争议。互易应视为“出卖”，承租人享有优先购买权。[159] 但是，若互易的目的是为了取得不可替代的物，就不存在“同等条件”，此时应考量出租人是否出于规避承租人优先购买权的目的而为互易。此外，混合赠与因其以赠与性质为主，也非“出卖”。[160]

对拍卖时能否行使优先购买权，有学者以拍卖情形不可能出现“同等条件”为由，否定优先购买权；[161] 或认为允许承租人行使优先购买权，难免影响拍卖的信誉和效力，使应买人锐减，买价偏低，故应予否定。但以房抵债的目的是代替金钱给付，与买卖并无不同，应承认承租人先买权。[162] 在以房出资和房屋因被征收、征用时，也不宜承认承租人享有优先购买权。[163]

在司法实践中，最高法院《关于人民法院民事执行中拍卖、变卖财产的规定》第14条规定，法院应当在拍卖五日前以书面或者其他适当方式，通知当事人和已知的担保物权人、优先购买权人或者其他优先权人于拍卖日到场。优先购买权人经通知未到场的，视为放弃优先购买权。第16条第1款规定，在拍卖过程中，有最高应价时，优先购买权人可以表示以该最高价买受，如无更高应价，则拍归优先购买权人。《租赁合同司法解释》第23条也规定：“出租人委托拍卖人拍卖租赁房屋，应当在拍卖5日前通知承租人。承租人未参加拍卖的，人民法院应当认定承租人放弃优先购买权。”综上，司法实践确认了拍卖时承租人享有优先购买权。

2.同等条件

“同等条件”作为优先购买权行使的核心要素，历来受学界关注。对同等条件的认定，学界见解较为一致，认为除了价格同等外，尚包括其他交易条件。如认为，“同等条件”至少包括三项内容：价款条件、价款支付、其他交易条件。[164]

学界也分析了具体情形“同等条件”的判断。如认为，出租人允许第三人分期付款的，优先购买权人无法提供相应担保时，不得主张分期付款；[165] 出租人与第三人订立“阴阳合同”时，出租人向承租人报告“阳合同”中的高价，承租人因此放弃优先购买权，后得知“阴合同”中的实际价格的，仍可主张优先购买权。[166]

3.部分行使

出租人整体出卖房屋时，承租人如何行使优先购买权，是司法实践的疑难问题。最高法院《关于承租部分房屋的承租人在出租人整体出卖房屋时是否享有优先购买权的复函》（［2004］民一他字第29号）明确了如下标准：①若承租人承租的部分房屋与房屋的其他部分可分、使用功能相对独立，则承租人的优先购买权仅及于其承租的部分房屋；若不可分、使用功能整体性较明显的，则可对全部房屋享有优先购买权。②若承租人承租的部分房屋占出租人出卖的全部房屋一半以上的，则其对出租人出卖的全部房屋享有优先购买权；反之则不宜认定对全部房屋享有优先购买权。

尽管如此，学者们并未停止争论。有学者认为，部分房屋的承租人优先购买全部房屋，对第三人是不公平的，因为其本身对整幢房屋的买卖不享有法定优先权；[167] 反对意见则认为，出租人整体出售房屋时，部分房屋的承租人行使优先购买权，不但有利于实现优先购买权的立法目的，而且也不会增加出租人的负担或影响其利益。[168]

此外，鉴于部分房屋在整体中的价值难以判断，有学者认为，以部分房屋是否相对独立为标准来确定承租人对其承租部分是否享有优先购买权，很可能损及出租人的利益，因为分割出售的价格可能不如整体出售高。但全面否认部分承租人的优先购买权又与制度初衷不符。两相权衡，应承认承租人对房屋全部享有优先购买权。在出租人整体出售时，若承租人均主张优先购买权的，可按各承租人承租部分所占整体房屋的比例确定优先权的次序。若比例等同，则相互协商；协商不成的，抽签决定。[169]

4.通知义务

有学者颇看重通知义务，认为若出租人履行了通知义务，承租人不主张购买的，即视为放弃优先购买权，甚至无须考虑同等条件。[170] 但多数学者持反对意见，认为通知与否并不能影响承租人的优先购买权，承租人因未被通知而没有行使优先购买权的，可请求损害赔偿。[171]

《租赁合同司法解释》第21条明文规定，出租人出卖租赁房屋未在合理期限内通知承租人的，承租人可以请求出租人承担赔偿责任，但不能主张出卖人与买受人订立的房屋买卖合同无效。

5.除斥期间

现行法没有规定承租人优先购买权的除斥期间。有学者建议类推适用《合同法》第55条、第75条，为优先购买权设置一年的除斥期间，以稳定法律关系。超过此期间，则承租人权利消灭，不再有权要求损害赔偿。[172]

从《民法通则司法解释》第118条可推论，承租人在收到出租人出让房屋通知的三个月内，应行使优先购买权。但《房屋租赁合同司法解释》第24条第3项规定，出租人履行通知义务后，承租人在十五日内未明确表示购买的，就不能再主张优先购买权。

（三）救济方式

出租人和第三人的房屋买卖合同，是否因侵害了承租人的优先购买权而无效，《民法通则司法解释》第118条曾予肯定。有学者指出，无效说增加了交易成本，不符合鼓励交易原则。认定买卖合同有效，赋予承租人享有损害赔偿请求权，可以保障承租人的利益。[173]《租赁合同司法解释》第21条也明确否定了无效说。

出租人与第三人订立房屋买卖合同后，又与承租人订立内容相同的合同的，学者多认为，此时构成双重买卖，两个合同均有效。如认为即使第三人知悉承租人存在时，第三人与出租人订立的买卖合同亦有效。[174] 为避免双重买卖，出租人与第三人可约定合同生效的条件是承租人不行使优先购买权，或约定单方解除条款，即承租人行使优先购买权时，出租人有权解除该合同。[175]

（四）与按份共有人优先购买权的竞合

承租人与按份共有权人的优先购买权竞合时，学界多主张按份共有人的优先购买权优先。但其理由未尽一致。以往学界多归结为“物权优于债权”原则，然而2000年以来，学者大多抛弃了这种观点，认为这是立法政策的选择问题，与共有关系或者物权关系无涉。[176] 但在政策选择上，学界见解有别。

认为承租人优先购买权优先的理由主要为：①若共有人行使优先购买权，所有与使用仍是分离的，物仍缺乏使用效率；②房屋承租人优先购买权具有物权效力，共有人优先购买权仅具有债权效力；③当代物权法已从所有权中心向利用权中心转变。[177] 或主张，不宜对承租人的先买权与共有人的先买权的竞合作一般性规定，而应当结合交易中的具体情况进行裁判。在决定何种权利处于优先地位时，应考虑以下因素：简化法律关系；实现物尽其用；对土地等作为生产性物资的不动产，要保证其发挥规模效应。[178]

《租赁合同司法解释》第24条则明确规定，房屋共有人的优先购买权优先于承租人的优先购买权。

三　其他问题

（一）维修义务

依《合同法》第220条、第221条，除当事人另有约定外，出租人应当履行租赁物的维修义务；出租人未在合理期限内履行维修义务的，承租人可以自行维修，维修费用由出租人负担。因维修租赁物影响承租人使用的，应当相应减少租金或者延长租期。有疑义的是，若租赁物因可归责于承租人的原因毁损时，出租人是否还负有维修义务？

肯定说认为，因可归责于承租人的事由导致租赁物毁损时，双方没有特别约定的，出租人仍负有维修义务，但出租人有权要求承租人承担损害赔偿责任。出租人的维修影响承租人对租赁物的使用、收益的，承租人无权请求减少租金。[179]

否定说认为，因承租人的原因造成租赁物损害时，要求出租人承担维修义务，不仅对出租人不公平，而且容易引发道德风险，因为出租人并未掌控租赁物，难以判断造成损害的原因。[180]

亦有学者认为，应首先厘清维修义务、维修费用承担与损害赔偿义务之间的关系。可取的方案是，出租人原则上仍负维修义务，但设有例外。维修义务仅为消除租赁物瑕疵的义务，所以，只要租赁物毁损，出租人就应负责维修，即使该毁损系由可归责于承租人的原因所致。维修费用则由造成租赁物毁损过错的一方负担。若承租人未按照约定的方法或租赁物的性质使用租赁物，致使租赁物受到损失时，出租人可以援用《合同法》第219条，通过解除租赁合同而免负维修义务；在承租人因其他过错导致租赁物毁损时，若租赁为不定期租赁，出租人可以援用《合同法》第232条，通过解除租赁合同而免负维修义务。[181]

（二）租赁物的添附

《合同法》第223条对租赁物的添附作了简单规定："承租人经出租人同意，可以对租赁物进行改善或者增设他物。承租人未经出租人同意，对租赁物进行改善或者增设他物的，出租人可以要求承租人恢复原状或者赔偿损失。"《租赁合同司法解释》第9条至第13条则作了详细规定：承租人擅自进行装饰装修的，构成侵权。承租人经同意装饰装修的，区分情况适用不同的处理原则：①未形成附合的装饰装修物，承租人享有处分权；已形成附合的，区分合同无效、合同有效解除、合同履行期限届满等不同情形，适用不同规则。②出租人是否对承租人补偿和如何补偿，亦区分不同情形：其一，合同无效时，出租人同意利用的，基于不当得利对承租人进行补偿；不同意利用的，装饰装修的现值损失作为无效合同的损失，由双方按照过错承担。其

二，合同解除时，由导致合同解除的违约方承担装饰装修残值损失，双方均无过错的，依照公平原则分担装饰装修残值损失；出租人同意利用承租人装饰装修的，基于不当得利对承租人予以补偿。其三，合同履行期间届满，出租人取得附合装饰装修物，无须补偿。

有学者指出，就租赁物装饰装修物的归属和利益返还，应当允许当事人援用《民法通则》关于不当得利的规定、现行法关于侵权责任、违约责任、缔约过失责任及过失相抵、风险负担的规定，裁判部门不得以《租赁合同司法解释》已有规定为由，不支持当事人关于不当得利返还的请求。经出租人同意实施的装饰装修，在拆除时损毁租赁房的，应尊重当事人的约定；没有约定时，合理的设计应是，承租人承担恢复租赁房屋原状的义务，并由双方合理分担恢复原状的费用。[182]

租赁物的添附主要表现为不动产与动产的附合。有学者从物权归属角度认为，添附虽以租赁合同为基础，但相对独立于合同关系。在实践中，有必要区分承租人添附的善意与恶意、添附的合同内部关系与外部效力、添附形成物的价值大小和功能差异等因素，确定添附物的归属。对租赁房屋添附利益的返还及损害赔偿，应区别租赁双方的合同责任，适用不当得利、侵权损害赔偿等规则予以解决。其中，不当得利请求权不以过错为构成要件，与租赁合同解除的原因和损害赔偿无关。由此可见，《租赁合同司法解释》有关添附规定的不足之处在于：一是没有明文规定不同情形房屋租赁装饰装修物的所有权归属；二是没有明确规定合同当事人对装饰装修物利益的不当得利返还请求权。[183]

四　评论

租赁合同也是学界重点研究的合同。其中，租赁权的性质及其效力、“买卖不破租赁”、承租人的优先购买权历来为研究热点。兹略赘数语。

1.“买卖不破租赁”

通说认为，“买卖不破租赁”系租赁社会化的体现之一，目的是实现“居者有其屋”的社会理想。但从法教义学推演，其结论到底是“买卖破租赁”还是“买卖不破租赁”？学界见解不同。其关键点有二：

（1）合同相对性。基于合同相对性其实无法得出“买卖不破租赁”的结论。因为在租赁物所有权发生变动后，出租人即成为无权处分人，此前的租赁合同就存在效力问题。买受人并非租赁合同的当事

人，基于合同相对性原理，租赁合同对其并不发生效力。“租赁合同法定继受”正是为克服这一问题而设立的，即租赁合同在新所有权人与承租人之间产生，而非继续在出租人与承租人之间产生。

（2）租赁人对租赁物占有产生的法律效力。正如有学者指出，在租赁、借用、寄存等持续性债务关系与占有结合时，债权人对物的占有可产生返还请求权、停止侵害请求权等，且占有的请求权可对抗合同之外的第三人，故已经超出了债务关系的范围，成为基于债务关系而产生的占有权和支配权。[184] 在第三人侵害其占有时，占有人主张返还占有，这是基于占有的效力，而非基于债权的效力。依据债权的效力，债权人还可以排除所有人的返还请求权。但是，在出租人移转标的物所有权后，因原租赁合同成为无权处分合同，承租人的租赁权又并未上升到用益物权的高度，不能对抗买受人的返还请求权。若不承认“买卖不破租赁”，承租人唯有请求出租人承担违约责任作为救济手段。

综上，“买卖不破租赁”显然并非法学体系的逻辑推演结果，而是特殊社会政策考量的结果。既然动产租赁不负载不动产租赁的特殊社会价值，“买卖不破租赁”的客体自然不应包括动产。

与此相关的是，《合同法》仅规定“租赁物在租赁期间发生所有权变动的，不影响租赁合同的效力”，并没规定由新所有权人继受租赁合同。将其解释为维持承租人的有权占有自然符合文义，但维持承租人有权占有的前提必然是租赁合同继续有效，而出租人已移转租赁物的所有权，故只能由受让人继受合同。可见两者并无实质差异，唯一的不同在于：维持承租人的有权占有模式，至少在理论上并不意味着买受人必然全盘接受原租赁合同的约定；而法定移转模式则必然要求原租赁合同直接在买受人与承租人之间发生效力。

2.租赁权的对抗力与登记

域外法制大多规定，唯经登记的租赁权方可对抗买受人。但我国《城市房地产管理法》并不要求租赁权以登记为生效要件，其第54条只要求出租人和承租人签订书面租赁合同，并向房产管理部门登记备案。《合同法》第229条也没有要求只有经登记的租赁权方能对抗买受人。此外，《物权法》第190条赋予租赁权对抗抵押权的效力，即同一物上，租赁在先的，租赁权可以对抗在后的抵押权。现行法对租赁权赋予如此强的对抗效力，且不以租赁权登记为前提，在实践中导致这一规则常被滥用，如伪造先于抵押权成立的租赁合同。因对于文书形成时间在目前还难以进行有效的司法鉴定，抵押权人的权利往往因此难以实现，严重损害了交易安全。相对合理的规定是：只有经登

记的租赁权才具有对抗第三人的效力。这样既赋予了承租人选择是否登记以取得对抗权的自由，又兼顾了交易安全。

3.优先购买权的行使方法

通说认为，承租人的优先购买权为形成权，一经行使，即在承租人和出租人之间成立租赁物买卖合同，其合同条件与出租人和第三人之间的买卖合同相同，无须再经过要约—承诺的磋商过程。[185] 为保障承租人的利益，也有学者主张，承租人在获悉出租人与第三人订立买卖合同的主要条款后，在合理期限内可以向出租人发出购买要约，出租人负有强制缔约义务。[186]

在比较法上，优先购买权的行使有合同模式与要约模式两种。学界的上述观点对应于合同模式，其前提是出租人与买受人已经达成了合同。但在实践中，出让人欲出让房屋时，鉴于承租人优先购买权的存在，最常见的做法可能是首先通知承租人，以明确其是否会主张优先购买权，双方再协商价格。若无法就价格达成合意的，则只能引入与第三人的交易条件。从效率角度看，要约模式相对理想一些：出租人就出售房屋向第三人与承租人同时发出要约，对第三人的要约则附有承租人优先购买权的声明；或在第三人向出租人发出要约后、出租人欲承诺之前，将要约的内容通知承租人。

由此可检讨《公司法》第72条第2款，即股东向股东以外的人转让股权，应当经其他股东过半数同意。股东应就其股权转让事项书面通知其他股东征求同意，其他股东自接到书面通知之日起满三十日未答复的，视为同意转让。其他股东半数以上不同意转让的，不同意的股东应当购买该转让的股权；不购买的，视为同意转让。本规定徒增优先购买权实现的成本，因为股东对外转让股权，与按份共有人、出租人对外转让一样，完全可以无须事先取得优先权人的同意，只要在股东对外达成股权转让协议时，优先权人主张行使优先购买权即可。不仅如此，该条规范还会产生诸多遗留问题：如其他股东不同意对外转让，主张优先购买权的，则其何时行使、按什么条件行使优先购买权？优先权本身构成对契约自由和财产权流转权能的限制，应尽可能减少其弊害，故该款应予删除。

---

[1] 参见王轶《论一物数卖——以物权变动模式的立法选择为背景》，《清华大学学报（哲学社会科学版）》2002年第4期；马新彦：《一物二卖的救济与防范》，《法学研究》2005年第2期；许德风：《不动产一物二卖问题研究》，《法学研究》2012年第4期；程啸：《论动产多重买卖中标的物所有权归属的确定标准——评最高法院买卖合同司法解释第9、10条》，《清华法学》2012年第6期。

[2] 参见许德风《不动产一物二卖问题研究》，《法学研究》2012年第3期。

[3] 参见孙鹏《不动产二重买卖研究——意思主义与形式主义制度设计之比较》，《比较法研究》2005年第1期；徐洁：《“一房二卖”现象的法律防范》，《法学》2003年第1期。

[4] 参见奚晓明主编《最高人民法院关于买卖合同的司法解释理解与适用》，人民法院出版社2012年版，第162页。

[5] 参见程啸《论动产多重买卖中标的物所有权归属的确定标准——评最高法院买卖合同司法解释第9、10条》，《清华法学》2012年第6期。

[6] 参见王轶《论一物数卖——以物权变动模式的立法选择为背景》，《清华大学学报》（哲学社会科学版）2002年第4期；同旨，见孙鹏《不动产二重买卖研究——意思主义与形式主义制度设计之比较》，《比较法研究》2005年第1期。

[7] 参见孙鹏《不动产二重买卖研究——意思主义与形式主义制度设计之比较》，《比较法研究》2005年第1期。

[8] 参见许德风《不动产一物二卖问题研究》，《法学研究》2012年第3期。

[9] 参见马新彦《一物二卖的救济与防范》，《法学研究》2005年第2期。

[10] 参见许德风《不动产一物二卖问题研究》，《法学研究》2012年第3期。

[11] 参见吴一鸣《论“单纯知情”对双重买卖效力之影响——物上权利之对抗力来源》，《法律科学》2010年第2期。

[12] 参见马新彦《一物二卖的救济与防范》，《法学研究》2005年第2期。

[13] 参见许德风《不动产一物二卖问题研究》，《法学研究》2012年第3期。

[14] 参见王轶《论买卖合同标的物毁损、灭失的风险负担》，《北京科技大学学报》（社科版）1999年第4期。

[15] 参见宁红丽、耿艺《合同法分则中的风险负担制度研究》，《私法研究》2003年第1卷。

[16] 参见李先波、陈思《履约中的风险负担——以交付为视角》，《时代法学》2009年第6期。

[17] 参见赵家仪、陈华庭《我国买卖合同中的“交付”与“风险转移”》，《法商研究》2003年第2期。

[18] 参见王雪琴《风险负担规则中的“交付主义”模式之质疑——以我国物权法与合同法的对接为切入点》，《法商研究》2009年第2期。

[19] 参见江海、石冠彬《论买卖合同风险负担规则：〈合同法〉第142条释评》，《现代法学》2013年第5期。

[20] 参见宁红丽、耿艺《合同法分则中的风险负担制度研究》，《私法研究》2003年第1卷。

[21] 参见易军《违约责任与风险负担》，《法律科学》2004年第3期。

[22] 参见骆军《地震背景下的不动产争议之法律应对》，《法律适用》2008年第12期。

[23] 参见高圣平《地震所引发的按揭房贷问题之研究——法律无法承受之重》，《社会科学战线》2008第9期。

[24] 陈界融：《地震后楼宇按揭贷款法律风险分析》，《人民法院报》2008年6月17日第5版。

[25] 参见王利明《合同法研究》（第3卷），中国人民大学出版社2012年版，第95页。

[26] 参见王利明《合同法新问题研究》，中国社会科学出版社2011年版，第754页。

[27] 参见王利明《合同法研究》（第3卷），中国人民大学出版社2012年，第82页。

[28] 参见韩世远《租赁标的瑕疵与合同救济》，《中国法学》2011年第5期。

[29] 参见宁红丽《试论出卖人物之瑕疵责任的构成——以〈买卖合同司法解释〉为主要分析对象》，《社会科学家》2013年第9期。

[30] 参见王轶《诉讼时效制度三论》，《法律适用》2008年第11期；王利明：《合同法研究》（第3卷），中国人民大学出版社2012年，第85页。

[31] 参见韩世远《租赁标的瑕疵与合同救济》，《中国法学》2011年第5期。

[32] 参见孙永全《关于质量检验期间与质量异议期间的司法认定——对〈合同法〉第157条、第158条的理解与适用》，《山东审判》2011年第5期。

[33] 参见最高人民法院编写组《买卖合同司法解释适用解答》，人民法院出版社2012年版，第159页；宁红丽：《试论出卖人物之瑕疵责任的构成——以〈买卖合同司法解释〉为主要分析对象》，《社会科学家》2013年第9期。

[34] 参见翟云岭《分期付款买卖的确定及其基本价值分析》，《法学论坛》2006年第1期。

[35] 参见姚欢庆《〈合同法〉第167条规范宗旨之错位及补救》，《浙江社会科学》2007年第2期。

[36] 参见翟云岭《买卖合同形式及内容的法律规制——以分期付款买卖合同为视角》，《法学》2007年第1期。

[37] 参见宁红丽《分期付款买卖法律条款的消费者保护建构》，《华东政法大学学报》2013年第2期。

[38] 参见吴志忠《论我国〈合同法〉有关分期付款买卖规定的不足》，《武汉大学学报》（哲学社会科学版）2009年第3期。

[39] 参见宁红丽《分期付款买卖法律条款的消费者保护建构》，《华东政法大学学报》2013年第2期。

[40] 参见姚欢庆《〈合同法〉第167条规范宗旨之错位及补救》，《浙江社会科学》2007年第2期。

[41] 参见吴志忠《论我国〈合同法〉有关分期付款买卖规定的不足》，《武汉大学学报》（哲学社会科学版）2009年第3期。

[42] 肯定说，见宁红丽《分期付款买卖法律条款的消费者保护建构》，《华东政法大学学报》2013年第2期；否定说，见姚欢庆《〈合同法〉第167条规范宗旨之错位及补救》，《浙江社会科学》2007年第2期。

[43] 参见王利明《合同法研究》（第3卷），中国人民大学出版社2012年，第39页。

[44] 参见唐明《试论赠与合同的立法及司法实践》，《中国法学》1999年第5期；江平主编：《中华人民共和国合同法精解》，中国政法大学出版社1999年版，第150页；崔建远：《合同法》，北京大学出版社2012年版，第425页。

[45] 参见刘文华《合同法释论与实务操作》，中国方正出版社1999年版，527页；陈小君主编：《合同法学》，中国政法大学出版社2002年版，第232页。

[46] 参见李盾《我国赠与合同的实践性与诺成性探讨》，《法学评论》1999年第5期；车辉：《对赠与合同几个问题的探讨》，《福建行政学院福建经济管理干部学院学报》2000年第4期；王洪亮主编：《合同法难点热点疑点理论研究》，中国人民公安大学出版社2000年版，第348页。

[47] 宁红丽：《我国赠与合同制度若干问题的反思》，《浙江社会科学》2007年第2期。

[48] 参见王利明《合同法研究》（第3卷），中国人民大学出版社2012年版，第209页。

[49] 参见陈小君、易军《论我国合同法上赠与合同的性质》，《法商研究》2001年第1期。

[50] 参见宁红丽《我国赠与合同制度若干问题的反思》，《浙江社会科学》2007年第2期。

[51] 参见唐文川《关于赠与合同的几个问题》，《求实》2002年第6期。

[52] 参见王贤斌《受赠人和债权人利益的保护——对〈合同法〉中撤销权制度的理解》，《山西经济管理干部学院学报》2004年第2期。

[53] 参见廖家明、蔡永彤《关于赠与合同任意撤销权的探讨》，《河北建筑科技学院学报》2005年第3期。

[54] 参见汪渊智《赠与合同的撤销》，《兰州学刊》2004年第2期。

[55] 参见汪渊智《赠与合同的撤销》，《兰州学刊》2004年第2期；王利明：《合同法研究》（第3卷），中国人民大学出版社2012年版，第224页。

[56] 参见杨媛《论赠与合同中的信赖利益》，《研究生法学》2001年第3期。

[57] 参见宁红丽《我国赠与合同制度若干问题的反思》，《浙江社会科学》2007年第2期。

[58] 参见崔建远《合同法》，北京大学出版社2012年版，第428页。

[59] 胡元琼等：《赠与合同若干问题研究》，《民商法论丛》第25卷。

[60] 参见王利明《合同法研究》（第3卷），中国人民大学出版社2012年版，第224页。

[61] 参见宁红丽《我国赠与合同制度若干问题的反思》，《浙江社会科学》2007年第2期。

[62] 参见江平《中华人民共和国合同法精解》，中国政法大学出版社1999年版，第156页。

[63] 参见龙著华《论赠与人的撤销权》，《河北法学》2000年第3期。

[64] 参见汪渊智《赠与合同的撤销》，《兰州学刊》2004年第2期。

[65] 参见宁红丽《我国赠与合同制度若干问题的反思》，《浙江社会科学》2007年第2期。

[66] 参见汪渊智《赠与合同的撤销》，《兰州学刊》2004年第2期。

[67] 参见宁红丽《我国赠与合同制度若干问题的反思》，《浙江社会科学》2007年第2期。

[68] 参见易军《撤销权、抗辩权抑或解除权——探析〈合同法〉第195条所定权利的性质》，《华东政法学院学报》2003年第5期。

[69] 同上。

[70] 参见纪艳琼《赠与合同的局限及完善》，《山西省政法管理干部学院学报》2010年第1期。

[71] 参见崔建远《合同法》，北京大学出版社2012年版，第431页。

[72] 参见易军《撤销权、抗辩权抑或解除权——探析〈合同法〉第195条所定权利的性质》，《华东政法学院学报》2003年第5期。

[73] 参见薛文成《关于赠与合同的几个问题》，《清华大学学报》1999年第4期。

[74] 参见纪艳琼《赠与合同的局限及完善》，《山西省政法管理干部学院学报》2010年第1期。

[75] 参见王利明《合同法研究》（第3卷），中国人民大学出版社2012年版，第215页。

[76] 参见杨媛《论赠与合同中的信赖利益》，《研究生法学》2001年第3期。

[77] 参见王利明《合同法研究》（第3卷），中国人民大学出版社2012年版，第211页以下。

[78] 参见宁红丽《论赠与物瑕疵的私法救济——基于对司法案例的实证分析》，《政法论坛》2013年第5期。

[79] 参见崔建远《合同法》，北京大学出版社2012年版，第428页。

[80] 参见宁红丽《论赠与物瑕疵的私法救济——基于对司法案例的实证分析》，《政法论坛》2013年第5期。

[81] 参见宁红丽《我国赠与合同制度若干问题的反思》，《浙江社会科学》2007年第2期。

[82] 参见郑永宽《实践合同之存在现状及其价值反思》，《现代法学》2009年第1期。

[83] 参见薛文成《关于赠与合同的几个问题》，《清华大学学报》（哲学社会科学版）1999年第4期。

[84] 参见魏振瀛主编《民法》，北京大学出版社、高等教育出版社2000年版，第460页；王利明：《合同法研究》（第3卷），中国人民大学出版社2012年版，第240页以下。

[85] 参见崔建远主编《合同法》（第5版），法律出版社2010年版，第419页。

[86] 参见宁红丽《借款合同性质的厘定》，《社会科学研究》2012年第4期。

[87] 参见樊静《论自然人之间借款合同的实践性——反思〈合同法〉第210条》，《河南司法警官职业学院学报》2010年第3期。

[88] 参见崔建远《合同法》，北京大学出版社2012年版，第433页。

[89] 参见张谷《借款合同：诺成契约还是要物契约？》，载《民商法理论与实践》，中国法制出版社2006年版。

[90] 参见宁红丽《借款合同性质的厘定》，《社会科学研究》2012年第4期。

[91] 参见张谷《借款合同：诺成契约还是要物契约？》，载《民商法理论与实践》，中国法制出版社2006年版。

[92] 参见宁红丽《借款合同性质的厘定》，《社会科学研究》2012年第4期；樊静：《论自然人之间借款合同的实践性——反思〈合同法〉第210条》，《河南司法警官职业学院学报》2010年第3期。

[93] 参见奚晓明《商事审判中的几个法律适用问题》，http://www.chinacourt.org/article/detail/2013/09/id/1096379.shtml.

[94] 详见魏振瀛主编：《民法》，北京大学出版社、高等教育出版社2000年版，第459页；王利明《民法》（第4版），中国人民大学出版社2008年版，第518页。

[95] 参见龙翼飞、杨建文《企业间借贷合同的效力认定及责任承担》，《现代法学》2008年第2期。

[96] 参见黄忠《企业间借贷合同无效论之检讨》，《清华法学》2013年第4期。

[97] 参见李有星《公司间借贷关系立法结构性调整：禁止、许可抑或其他》，《法治研究》2011年第2期。

[98] 参见龙著华《一般有效，例外无效——非金融机构企业之间借款合同效力的应然安排》，《社会科学》2011年第11期。

[99] 参见岳彩申《民间借贷规制的重点及立法建议》，《中国法学》2011年第5期。

[100] 参见李有星《公司间借贷关系立法结构性调整：禁止、许可抑或其他》，《法治研究》2011年第2期。

[101] 参见龙翼飞、杨建文《企业间借贷合同的效力认定及责任承担》，《现代法学》2008年第2期。

[102] 参见黄忠《企业间借贷合同无效论之检讨》，《清华法学》2013年第4期。

[103] 参见李政辉《论民间借贷的规制模式及改进——以民商分立为线索》，《法治研究》2011年第2期。

[104] 参见奚晓明《商事审判中的几个法律适用问题》，http://www.chinacourt.org/article/detail/2013/09/id/1096379.shtml.

[105] 参见张书清《民间借贷的制度性压制及其解决途径》，《法学》2008年第9期。

[106] 参见李政辉《论民间借贷的规制模式及改进——以民商分立为线索》，《法治研究》2011年第2期。

[107] 参见刘道云、曾于生《综合立法规制民间借贷研究》，《河北法学》2013年第1期。

[108] 参见许德风《论利息的法律管制——兼议私法中的社会化考量》，《北大法律评论》2010年第1卷。

[109] 参见王利明《合同法研究》（第3卷），中国人民大学出版社2012年，第268页。

[110] 参见李健男《提前还贷的法律解释》，《法学》2005年第9期。

[111] 参见胡康生主编《〈中华人民共和国合同法〉释义》，法律出版社1999年版，第308页；魏振瀛主编：《民法》，北京大学出版社、高等教育出版社2000年版，第460页。

[112] 参见宁红丽《分期付款买卖法律条款的消费者保护建构》，《华东政法大学学报》2013年第2期。

[113] 参见李健男《提前还贷的法律解释》，《法学》2005年第9期。

[114] 参见周海林《关于提前还贷违约金的分析及完善》，《福建政法管理干部学院学报》2004年第2期。

[115] 参见王利明《合同法研究》（第3卷），中国人民大学出版社2012年版，第260页以下。

[116] 参见张谷《借款合同分析》，《金融法苑》2005年总第61辑。

[117] 同上。

[118] 参见刘定华、芥民《借款合同三论》，《中国法学》2000年第6期。

[119] 参见曹冬媛《民间借贷利息的法律问题》，《河北法学》2012年第12期。

[120] 参见刘定华、芥民《借款合同三论》，《中国法学》2000年第6期。

[121] 参见王利明《合同法研究》（第3卷），中国人民大学出版社2012年版，第263页。

[122] 刘家安：《“实践合同”概念之探究》，《比较法研究》，2011年第4期；亦见郭锡昆《践成合同研究：一个现代民法立场的追问》，载梁慧星主编《民商法论丛》（第29卷），法律出版社2004版。

[123] 朱庆育：《意思表示与法律行为》，《比较法研究》2004年第1期。

[124] 参见王洪《实践合同的存与废——兼论我国〈民法典〉的立法抉择》，《上海师范大学学报》（哲学社会科学版）2007年第4期。

[125] 参见胡康生主编《〈中华人民共和国合同法〉释义》，法律出版社1999年版，第338页；江平主编：《中华人民共和国合同法精解》，中国政法大学出版社1999年版，第176页；张俊浩：《民法学原理》（下册），中国政法大学出版社2000年版，第792页；王利明：《合同法研究》（第3卷），中国人民大学出版社2012年版，第296页。

[126] 参见朱庆育《“买卖不破租赁”规则的正当性》，载《中德私法研究》2006年第1卷，北京大学出版社2006年版。

[127] 参见王利明《合同法研究》（第3卷），中国人民大学出版社2012年版，第296页。

[128] 参见宁红丽《我国租赁权对抗力制度的理论反思》，《法学杂志》2005年第2期。

[129] 参见王利明《合同法研究》（第3卷），中国人民大学出版社2012年版，第299页。

[130] 参见徐澜波《“买卖不破租赁”规则的立法技术分析》，《法学》2008年第3期。

[131] 参见黄凤龙《“买卖不破租赁”与承租人保护》，《中外法学》2013年第3期。

[132] 参见崔建远主编《合同法》（第5版），法律出版社2010年版，第425页。

[133] 参见黄文煌《论租赁权的对抗效力——兼论〈合同法〉第229条的缺陷与修改》，《清华法学》2010年第2期。

[134] 申卫星：《对〈谈“买卖不破租赁”规则的客体适用范围问题〉的评论》，载：《中德私法研究》2006年第1卷，北京大学出版社2006年版，第23—24页。

[135] 徐澜波：《“买卖不破租赁”规则的立法技术分析》，《法学》2008年第3期。

[136] 参见柴振国、赵英《关于“让与不破租赁”的几个问题》，《法律适用》2005年第2期。

[137] 参见王利明、房绍坤、王轶《合同法》（第3版），中国人民大学出版社2009年版，第340页。

[138] 参见易军、宁红丽《合同法分则制度研究》，人民法院出版社2003年版，第212页以下。

[139] 参见柴振国、赵英《关于“让与不破租赁”的几个问题》，《法律适用》2005年第2期。

[140] 参见黄文煌《论租赁权的对抗效力——兼论〈合同法〉第229条的缺陷与修改》，《清华法学》2010年第2期。

[141] 参见王利明《合同法研究》（第3卷），中国人民大学出版社2012年版，第299页；王利明、房绍坤、王轶：《合同法》（第3版），中国人民大学出版社2009年版，第342页。

[142] 参见崔建远主编《合同法》（第5版），法律出版社2010年版，第425页。

[143] 常鹏翱：《物权法上的权利冲突规则》，《政治与法律》2007年第5期。

[144] 参见张双根《谈“买卖不破租赁”规则的客体适用范田问题》，载《中德私法研究》2006年第1卷，北京大学出版社2006年版。

[145] 参见黄文煌《论租赁权的对抗效力——兼论〈合同法〉第229条的缺陷与修改》，《清华法学》2010年第2期。

[146] 参见黄凤龙《“买卖不破租赁”与承租人保护》，《中外法学》2013年第3期。

[147] 参见徐澜波《“买卖不破租赁”规则的立法技术分析》，《法学》2008年第3期。

[148] 参见王利明、房绍坤、王轶《合同法》（第3版），中国人民大学出版社2009年版，第341页。

[149] 参见朱庆育《“买卖不破租赁”规则的正当性》，载《中德私法研究》2006年第1卷，北京大学出版社2006年版，第48页。

[150] 参见王利明《合同法研究》（第3卷），中国人民大学出版社2012年版，第299页；何志：　《合同法分则判解研究与适用》，人民法院出版社2002年版，第219页。

[151] 马俊驹、余延满：《民法原论》，法律出版社2005年版，第691页。

[152] 参见徐澜波《“买卖不破租赁”规则的立法技术分析》，《法学》2008年第3期。

[153] 参见黄凤龙《“买卖不破租赁”与承租人保护》，《中外法学》2013年第3期。

[154] 参见柴振国、赵英《关于“让与不破租赁”的几个问题》，《法律适用》2005年第2期。

[155] 参见易军、宁红丽《合同法分则制度研究》，人民法院出版社2003年版，第233页以下。

[156] 参见杨会《房屋承租人优先购买权制度之反思》，《安徽大学法律评论》2005年第5卷第2期；李家军：《房屋承租人优先购买权之检讨》，《法律适用》2006年1期。

[157] 参见王建华《房屋承租人优先购买权的限制性法律保护》，《人民司法》2005

年第10期。

[158] 参见易军、宁红丽《合同法分则制度研究》，人民法院出版社2003年版，第200页以下。

[159] 参见冉克平《论房屋承租人的优先购买权——兼评最高人民法院〈房屋租赁合同司法解释〉第21—24条》，《法学评论》2010年第4期。

[160] 参见戴孟勇《房屋承租人如何行使优先购买权——以〈合同法〉第230条为中心的解释论》，《清华大学学报》（哲学社会科学版）2004年第4期第19卷。

[161] 参见王福祥《论优先购买权》，《法制与社会发展》1995年第2期。

[162] 参见戴孟勇《房屋承租人如何行使优先购买权——以〈合同法〉第230条为中心的解释论》，《清华大学学报》（哲学社会科学版）2004年第4期第19卷。

[163] 参见范李瑛《房屋承租人优先购买权的几个问题》，《法学论坛》2007年第4期；王建华：《房屋承租人优先购买权的限制性法律保护》，《人民司法》2005年10期。

[164] 参见戴孟勇《刍议行使优先购买权》，《人民法院报》2000年12月16日。

[165] 参见易军、宁红丽《合同法分则制度研究》，人民法院出版社2003年版，第203页。

[166] 参见范李瑛《房屋承租人优先购买权的几个问题》，《法学论坛》2007年第4期。

[167] 参见徐澜波《部分房屋承租人是否能对整幢房屋行使优先购买权的探讨》，《政治与法律》2006年第2期。

[168] 参见戴孟勇《房屋整体出售与部分房屋承租人的优先购买权》，载王利明主编《判例研究》第25辑，人民法院出版社2006年版。

[169] 参见刘同战《房屋承租人优先购买权的行使》，《法学杂志》2008年第6期。

[170] 参见魏秀玲《出租房屋承租人优先购买权法律问题之探讨》，《政法论坛》2003年第3期。

[171] 参见史浩明、张鹏《优先购买权制度的法律技术分析》，《法学》2008年第9期；戴孟勇：《房屋承租人如何行使优先购买权：以〈合同法〉第230条为中心的解释论》，《清华大学学报》（哲学社会科学版）2004年第4期。

[172] 参见戴孟勇《房屋承租人如何行使优先购买权——以〈合同法〉第230条为中心的解释论》，《清华大学学报》（哲学社会科学版）2004年第4期；夏志泽：《先买权新论——从先买权的性质和行使谈我国先买权立法的完善》，《当代法学》2007年第2期。

[173] 参见王利明《合同法研究》（第3卷），中国人民大学出版社2012年版，第332页。

[174] 参见冉克平《论房屋承租人的优先购买权——兼评最高人民法院〈房屋租赁合同司法解释〉第21—24条》，《法学评论》2010年第4期。

[175] 参见戴孟勇《先买权的若干理论问题》，《清华大学学报》（哲学社会科学版）2001年第1期。

[176] 如戴孟勇《房屋承租人与相关主体的优先购买权冲突及其解决》，《烟台大学学报》（哲学社会科学版）2004年第3期。

[177] 参见张学文《优先购买权优先顺序新探》，《法学杂志》1999年第3期。

[178] 参见易军、宁红丽《合同法分则制度研究》，人民法院出版社2003年版，第210页。

[179] 参见王利明、房绍坤、王轶《合同法》（第3版），中国人民大学出版社2009年版，第335页。

[180] 参见王利明《合同法研究》（第3卷），中国人民大学出版社2012年版，第305页；易军：《债法各论》，北京大学出版社2009年版，第103页。

[181] 参见崔建远《维修义务是否受租赁物毁损原因的影响？》，《当代法学》2010年第2期。

[182] 参见崔建远《租赁房屋装饰装修物的归属及利益返还——对法释［2009］11号关于租赁房屋之装饰装修及其法律后果的规定的评论》，《法学家》2009年第5期。

[183] 参见张冬梅《房屋租赁中的添附法律问题研究——兼评法释［2009］11号中的相关规定》，《河北法学》2010年第5期。

[184] 参见金可可《基于债务关系之支配权》，《法学研究》2009年第2期。

[185] 参见崔建远《合同法》（第5版），法律出版社2010年版，第433页。

[186] 参见冉克平《论房屋承租人的优先购买权——兼评最高人民法院〈房屋租赁合同司法解释〉第21—24条》，《法学评论》2010年第4期。

第十二章　有名合同（下）

第一节　融资租赁合同

一　界定与法律构造

（一）界定

融资租赁交易集融资与融物、贸易与技术服务于一体，滥觞于20世纪50年代的美国，并为欧陆各国所继受，是仅次于银行信贷的第二大融资方式。[1]《合同法》专章规定融资租赁合同，意在推动与规范我国融资租赁产业的发展。

《合同法》第237条规定："融资租赁合同是出租人根据承租人对出卖人、租赁物的选择，向出卖人购买租赁物，提供给承租人使用，承租人支付租金的合同。"其重点是从出租人角度界定双方的关系，且对租金的构成没作任何界定。学界对融资租赁的定义，也多直接援引本条规范。[2]《合同法》第238条和239条进一步规定了融资租赁合同的主要内容和基本交易过程。这三条规范是认定融资租赁合同的基本法律依据。

在《合同法》之外，《企业会计准则第21号——租赁》（2007年）、《金融租赁公司管理办法》（2007年）也对融资租赁作了规定。但三者的定义并不统一。如出租人根据承租人的选择购买设备并出租给承租人，但合同明确约定租期届满不转移租赁物所有权的，依据《合同法》和《金融租赁公司管理办法》应认定为融资租赁，根据《企业会计准则第21号——租赁》却应认定为租借。

在比较法上，融资租赁有形式主义和实质主义两种界定方法。

1.形式主义

只考虑交易的形式结构，其核心有二：一是具备三方出卖人、出租人和承租人三方当事人；二是包括融资租赁协议与供货协议两份协议。具体而言，承租人基本不依赖出租人的技能和判断，而是独立选择租赁物与供货人；供货人知道出租人出租的事实。买卖合同与租赁合同并非两个互相独立的合同，而是单一交易中两个相互依存的合同。《国际租赁示范法》是形式主义立法的典型，其第2条规定：无

论合同条款是否包含全部或部分租赁物的购买选择权，也无论租赁项下的租金或其他应付费用是否考虑了出租人全部或大部分投资的摊销，只要符合融资租赁一般特征，就属于融资租赁。[3]

2.实质主义

对实质主义的界定，学界亦有不同看法。如认为，它往往要求标的物的风险和收益均转移给承租人，否则为普通租赁或附条件分期付款买卖。[4] 或认为，它把融资租赁区分为一般租赁与动产担保两种：在动产担保中，租赁物在尚有经济使用价值前不会复归出租人，或者租赁物即使复归出租人也不再具有剩余使用价值。承租人支付的租金不仅包括出租人的合理利润，也包括购买租赁物的全部或大部分成本，故租金数额远远高于一般租赁。在一般租赁中，租赁物仍会复归于出租人，出租人保有未来租赁物可能升值所带来的收益或风险，承租人支付的租金不会太高。[5]

正因为对实质主义的定义有差异，学界对我国《合同法》到底采形式主义还是实质主义，观点也不相同。

实质主义说认为，美国《统一商法典》和《合同法》融资租赁定义基本采用了实质主义方式；它更侧重交易的实质，可以保护出租人的利益、兼顾承租人及承租人的其他债权人的利益；使融资租赁与买卖、传统租赁明确区隔，并且涵盖了售后回租、转租赁、杠杆租赁、厂商租赁、经营租赁等创新的融资租赁类型，具有很强的可操作性。[6]

形式主义说则认为，《合同法》把融资租赁当成有名合同的一种，着重从形式上区分融资租赁与一般的租赁。实践中处理融资租赁，首先遵从的是《合同法》第14章。我国并没有实质主义滋生的历史背景。[7]

（二）标的物

融资租赁合同的标的物通常为动产，《合同法》并没明确规定不动产是否可以作为融资租赁的标的物。学者多持肯定意见。认为无论不动产是否需要登记，只要该不动产属于会计学上的固定资产且权属清晰、不违反法律强制性规定的，都可以作为融资租赁的租赁物。[8] 理由主要为：①《合同法》规定的是“租赁物”，文义上包括不动产。②比较法上有诸多先例。③不动产适合作为融资的对象。④有助于促进融资租赁产业的发展。房屋融资租赁可以代替目前单一的按揭买卖方式，降低买房人的一次性投资。[9]

（三）合同结构

在融资租赁中，承租人和出卖人不存在直接的买卖合同关系，出租人作为投资人，分别与供货商订立买卖合同、与承租人订立租赁合同。在法律上，这两个合同彼此高度关联，甚至互为条件。那么，融资租赁交易是出卖人、出租人和承租人三方之间的交易，还是出租人和承租人之间的双方交易？理论上可归结为双合同说与一合同说。两者的核心差异在于如何理解《合同法》第237条中的“出卖人”。

1.双合同说

主流学说认为，融资租赁交易涉及两份合同、三方当事人。即融资租赁合同包括两个过程——买卖和租赁，涉及三方当事人——出卖人、出租人和承租人。尽管学者对融资租赁合同“以融资为目的，融物为手段”的特征没有异议，但对融资租赁合同系由哪两个合同组成，看法不同。或认为系买卖合同＋融资性合同，[10] 或系买卖合同＋租赁合同。[11]

2.一合同说

这种观点认为，融资租赁合同是由法律规定的、单一的、独立的有名合同。其理由为：①符合体系解释的要求。《合同法》第14章“融资租赁合同”有关买卖的条文，都只强调出租人取得标的物所有权的经济目的，承租人享有买卖交易产生的受领和救济权利，故难以认定融资租赁交易包括买卖合同和融资租赁合同。②若《合同法》采三方结构说，就应当有一个援引性规范规定融资租赁合同中的买卖合同的法律适用。③三方结构说存在矛盾。如果认为融资租赁合同由买卖合同和融资性合同构成，那么，“融资性合同”与融资租赁合同有何区别？如果认为融资租赁合同由买卖合同和租赁合同组成，但融资租赁合同中的“租赁合同”显然与《合同法》上的“租赁合同”相去甚远。④双合同说不利于厘清交易当事人之间的权利义务，也违背了合同的相对性原则。一合同说则有利于克服三方结构说引发的争议。如融资租赁合同何时成立？何时生效？买卖合同和融资租赁合同在效力上有什么相互影响？[12] （5）融资租赁合同的三方当事人必须明知交易的融资租赁性质，并且有权知悉融资租赁合同中两个合同的内容。融资租赁合同包含买卖与租赁两部分交易，两部分可以分别订立，也可以一并订立，但两者都不具有独立性。融资租赁合同从在后订立的合同（或为买卖，或为租赁）订立起成立并生效，先订立的合同虽成立但并不生效。[13]

也有学者在双合同说与一合同说的基础上，提出了融资租赁合同的新概念，认为它是指“由出租人根据承租人对出卖人和租赁物的选择，向该出卖人支付租赁物的对价并由该出卖人直接向承租人交付该

租赁物，承租人租用该租赁物并以定期租金的形式向出租人支付该租赁物成本和合理利润的合同。”并认为它的优点是：①体现了融资租赁的金融本质，鲜明地突出了出租人作为独立融资人的地位；②表明了融资租赁合同是由出租人、承租人与出卖人三方当事人共同签订并履行的合同，体现了出租人、承租人、出卖人各自在合同中所享有的主要权利和必须履行的主要义务；③在一个合同框架内明确了三方当事人之间相互交错的权利义务关系，同时规制了融资租赁交易中的买卖行为和租赁行为。[14]

二　融资租赁合同中的登记

在《合同法》框架下的融资租赁合同中，承租人对租赁物只享有租赁权，无法通过登记公示，其权利难以得到充分保护。另一方面，对出租人而言，由于承租人实际占有租赁物，若承租人无权处分租赁物或在租赁物上设定担保时，第三人可能善意取得物权，从而侵害真实所有权人的合法权益。故，在制度建构层面如何解决融资租赁合同中的权利登记问题，已成为融资租赁业发展的一大瓶颈。[15]

对此，有学者指出，融资租赁中租赁物的占有者和所有者的分离，向传统物权公示方法提出了挑战，以占有为其公示方法，已难以使出租人的权利内容为公众所知，为解决这一问题，需创设专门的融资租赁登记制度。合理的融资租赁登记制度由以下要素构成：在登记生效主义与登记对抗主义之间，采纳登记对抗主义；建立统一的动产登记机关；登记内容与登记事项简单明了；在双方申请主义和单方申请主义之间，采纳登记单方申请主义；在实质审查和形式审查之间采取形式审查。融资租赁交易的权利构造可以设计成“所有权＋用益物权”模式或“所有权＋租赁权”模式。两种建构均须公示租赁物之上的权利负担和物权变动，只不过在“所有权＋用益物权”模式中，公示的是租赁物上的他物权，间接公示租赁物上的所有权；在“所有权＋租赁权”模式中，公示的是租赁物的所有权。《物权法》第117条将用益物权的客体扩大到动产，已透露出立法者试图解决融资租赁权登记的努力。[16]

中国人民银行征信中心响应这一现实要求，2009年建立了全国集中统一互联网电子化的融资租赁登记公示系统，便于登记和查询。

三　索赔权与解除权

（一）索赔权

《合同法》并没有明确何为索赔权。有学者认为，索赔权泛指出卖人不履行买卖合同时买受人所享有的请求权。[17] 承租人对出卖人享有索赔权的理论基础，较多学者持债权让与说：租赁公司依据合同将自己基于买卖合同产生的请求权转让给承租人。[18]

依据《合同法》第240条，出租人、出卖人、承租人三方约定承租人对出卖人享有索赔权时，出租人才能对出卖人行使索赔权。有学者分析了《合同法》第240条的内在机理，将其归结为《合同法》对融资租赁合同的性质采取的是新型合同说，即融资租赁合同是由租赁合同与买卖合同构成的复合合同。其中买卖合同又被认为是向第三人履行的合同，承租人作为买卖合同的第三人，在《合同法》上只享有受领租赁物的权利，并不当然享有向供货人直接索赔的权利。[19]

对240条的规定，很多学者都持批评态度，认为它不利于保护承租人的利益：①依反面解释，当事人没有约定的，承租人就无法取得索赔权。此外，约定需要三方当事人都参与。这是对出租人转让债权的限制，增加了出租人承担租赁物瑕疵责任的风险。②由于承租人对租赁物有着切身的利益，承租人应当和普通买受人一样承担其选择供货商和租赁物所带来的风险，因为承租人在选择租赁物和供货商时，其所处的地位并不比出租人优越，由承租人行使索赔权是最合适的。出租人向承租人转让索赔权，应适用《合同法》第80条第1句的简易规则，即无须三方约定，而是通知出卖人即可。[20] ③“债权让与说”并没有解决承租人的索赔权问题。债权的转让范围不得超过出让人的权利范围，因此，承租人向出卖人行使索赔权时，只能主张因违约给出租人造成的损失。但是出租人的损失与承租人的损失大小显然不同，多了则加重出卖人负担，少了则无法弥补承租人的损失；而且一旦涉讼，必牵连出租人，出租人有协助举证之责，扩大了诉讼，增加了诉讼成本。[21]

此外，当出卖人不履行合同义务时，根据出卖人、承租人、出租人之间的约定，由承租人行使索赔权利的，承租人行使索赔权利时，出租人应当协助。[22]

（二）解除权

《合同法》并没有规定中途解约禁止，即双方不能任意解除融资租赁合同。但大多数融资租赁合同往往有这种约定。有学者认为，因为《合同法》第94条是任意性规定，当事人有这种约定的，即使发生了根本违约，一方也不能随意解除合同。[23]

四　立法论

1.必要性

第十届全国人民代表大会常务委员会曾将融资租赁立法列入规划，起草小组于2004年10月就制定了融资租赁法纲要，2005年4月底制定了融资租赁法草案的第一次征求意见稿。但至今《融资租赁法》也没有出台。学界对立法的必要性也存在争议。有学者指出，法制比较完善的国家一般没有融资租赁的专门立法，民商法、经济法、行政法足敷适用，但新兴融资租赁国家或政策上促进融资租赁业发展的国家，大多制定了融资租赁法或融资租赁业法。我国是否需要单独制定专门的融资租赁法，完全取决于我国的立法现状和经济发展需要，目前，制定《融资租赁法》是必要的：第一，能统一调整融资租赁关系，统一规范融资租赁业，改变我国目前融资租赁立法不系统、不完整的混乱状况。第二，符合我国立法惯例。将调整某一行业的主要法律关系放在一部法律中规定，使“行为法、组织法、管理法”合一，符合我国立法惯例，而且简便易行，符合立法效率的要求。最后，还能在短期内改变我国融资租赁的立法现状，促进我国融资租赁业的发展。[24]

2.具体内容

有学者建议《合同法》和《融资租赁规定》应作相应修订。如《合同法》第237条应修订为：“融资租赁合同是出租人根据承租人对出卖人、租赁物的选择，向出卖人购买租赁物，提供给承租人使用，承租人以定期租金的形式向出租人支付该租赁物成本和合理利润的合同。”[25]

五　评论

与融资租赁业界的研究相比，民法学界对融资租赁合同关注不多。与其他新型合同一样，融资租赁合同对传统合同法理论提出了挑战，但也对合同法学的发展带来诸多启迪。

1.融资租赁的界定

融资租赁与分期付款买卖没有本质区别，其“融物”的目的完全附属于“融资”，它以租赁的形式实现了债权融资的目的。就此而言，它是一项金融创新。融资租赁之所以能作为一种新兴的交易形态，并非因为通过现有交易方式无法实现融资租赁的目的，而是因为它的诸多

独特功能：如规避对银行业的高门槛要求和对银行授信的严格监管、优化融资企业的财务报表、获得税收优惠等。在中国，融资租赁可以缓解民营企业的融资难问题，降低其融资成本。

既然融资租赁在实践中有如此多的功能，如何界定它就至关重要。我国融资租赁的界定宜采实质主义标准，原因是若采形式主义标准，则实践中大量存在的标准融资租赁合同的变体——如融资性售后回租——即无法纳入到融资租赁范围，无法享受税收优惠，不利于中小企业和小微企业融资。有关融资租赁的实质标准较多，如标的物、租金、禁止中途解约等，但最重要的是它以“融物”手段实现“融资”目的，而无须考察它是否完全符合法定的融资租赁合同的内容。

与实质主义标准相应的两个问题是：

其一，融资租赁产业的认定。在税法上，融资租赁没有独立的法律地位，界定融资租赁的实益是税收。在目前实行“营改增”的过程中，融资租赁被视为现代服务业，有形动产融资租赁已纳入营改增的范围。[26]　实际上，融资租赁应作为一个独立的、专门的行业，不宜视为服务业或金融保险业。

其二，不动产融资租赁。典型的融资租赁交易客体是价值不菲的设备，但在现实交易中，不动产融资租赁也方兴未艾。如2008年的武汉城市交通设施售后回租、2009年的云南昆石高速公路售后回租、2009年的天津港保税区工业厂房在建工程融资租赁等。鉴于前述的实质主义标准，没有必要排除不动产融资租赁。

2.融资租赁的法律结构与三人关系的合同模式

在融资租赁交易中，租赁和买卖相互关联，互为条件。融资租赁交易也由出租人、承租人、出卖人三方当事人共同完成。因为传统合同法完全是以两人关系为基本模式的，难以容纳这种各方法律地位完全独立的三方合同，因此学界关于融资租赁合同产生了“二合同说”与“一合同说”之争。

从实质主义标准出发，融资租赁合同宜认为是一个合同。这是因为买卖与租赁完全服务于融资的目的，两个合同互为生效条件。在实践中，三方完全可以订立一个融资租赁合同来统合买卖合同与租赁合同。可以进一步引申的问题是，消费者领域的关联合同，如消费者与销售商之间的买卖合同、消费者与银行的借款合同、销售商与银行之间的委托合同（或其他合作合同）等，是否也可以作为一个统一的合同？

此外，按实质主义标准，融资租赁合同未必一定要存在三方关

系。如实践中大量存在的融资性售后回租业务，即承租方以融资为目的将资产出售给经批准从事融资租赁业务的企业后，又将该项资产从该融资租赁企业租回的行为。[27] 在这种模式中，承租人与出卖人系同一人。最后，融资租赁合同还可能存在四方主体，即金融租赁公司可能因资力不足，而向银行融资。

3.融资租赁的权利结构

融资租赁的权利结构可采取“所有权＋用益物权”模式和“所有权＋租赁权”两种。鉴于《物权法》第117条已为动产上设定用益物权提供了法律依据，加之融资租赁中的承租人最后往往要取得出租物的所有权，故，将这种权利设计为用益物权并不会损害其他主体的利益，还可以有效保护交易安全，值得提倡。

第二节　建设工程施工合同

一　无效建筑工程合同

建筑行业是我国极其重要的行业，它在解决就业、促进经济增长等方面居功至伟。但是，中国建筑行业长期处于“僧多粥少”的格局，乱象横生。鉴于建筑工程质量的重要性，建设法域为公法与私法交织的典型代表，公法对建设工程合同设置了众多强行性规定。理论界与实务界对建设工程合同探讨的重点，首先就是无效建设工程施工合同。因此，本节并不按教科书体系展开对建设工程施工合同研究状况的分析，而是按照学界关注的重点，也首先解析学界对无效建筑工程合同的研究成果。

（一）种类与效力补正

根据《合同法》、《建筑法》、《招标投标法》、《建设工程施工合同司法解释》，并结合建设工程合同生效的条件，有学者将无效建设工程合同类型概括为：①承包人没有取得相关资质；②没有资质的施工主体借用资质；③须进行招标而未招标或者中标无效而签订的建设工程施工合同；④违法分包或者非法转包订立的合同；⑤与备案合同不同的合同。[28]

在实践中，引发争论的问题是：本应无效的建设工程施工合同在履行后，工程经竣工验收合格的，是否应认定合同有效？实务界有人指出，此时合同仍无效。因为《建设工程施工合同司法解释》第2条规定的“参照”合同约定支付工程价款，仅表明工程结算可参照原先约

定，且仅仅是“参照”而已，并非指原本无效的建设工程施工合同可以因工程合格而转化为有效。如因验收合格而将无效合同认定为有效，则意味着将建设工程验收结果作为评判建设工程施工合同是否有效的唯一标准，这不仅违反《合同法》的规定，而且很容易误导我国本就不甚规范的建筑市场。[29]

（二）工程款结算

《建设工程施工合同司法解释》第2条、第3条对无效建设工程施工合同的效力作了规定，确立了工程质量至上，折价补偿的原则：①已完成的部分工程或已竣工的工程，经验收质量合格，或者经修复后验收合格的，发包方应参照合同约定补偿承包方相应的工程价款。②若已完成的部分工程经验收不合格，又无法修复的，承包方负责拆除，并返还发包方支付的工程价款。③已竣工的工程经验收不合格，经修复后仍不合格的，发包方不予支付工程价款，建设工程作为违法建筑应由相关部门强制拆除。此外，发包方对工程质量不合格具有过错的，也承担相应的民事责任。

依据《合同法》第58条，合同无效产生双方返还的法律效力。在建设工程施工合同中，发包人取得的是建设工程，无法恢复原状，只能折价补偿，但上述《建设工程施工合同司法解释》支持当事人参照合同约定支付工程价款。实务界人士指出，这种方法虽背离了法理和现行法对无效合同的处理规则，但有其合理性：①我国建筑市场目前属于发包人市场，发包人在合同中，往往把工程款压得低于工程定额标准或政府主管部门公布的市场价格信息标准。如果合同无效时按照定额标准或者市场价格补偿，则很可能诱使承包人恶意主张合同无效，以获得高于合同约定的工程款。②若按照工程定额或者建设行政主管部门发布的市场价格信息计算工程造价成本，则需要委托造价成本审计或鉴定，不但会增加诉讼成本，而且还会延长案件审理期限。③工程造价成本的计算方法很多，难以统一。尽管如此，《建设工程施工合同司法解释》的方案还是不妥，仍应按成本折价补偿，即依据建筑行政主管部门颁布的市场价格信息计算。原因是：其一，有些情形无法按照合同约定来计算工程款，如工程尚未施工完毕或者工程大规模改变设计的、约定工程价款计算方式的基础已经发生重大变化的，等等。成本价则可统一适用于上述情形。其二，成本价补偿对任何一方都不可谓不公平。[30]

（三）无效与承包人优先受偿权

建设工程施工合同无效时，承包人可否主张优先受偿权？现行法未设明文。学界也形成了对立观点。

肯定说多以工程经竣工验收合格为前提，主张承包人可行使工程价款优先受偿权。理由是：①价款优先受偿权的立法目的是解决农民工工资拖欠问题，否定优先受偿权难以实现立法目的。②优先受偿权并不附着于合同上，而是基于建设行为本身的特殊性，即承包方已经投入了大量的劳力与物力，故合同无效不能直接否定承包人的优先受偿权。③《建设工程施工合同司法解释》第2条既然认可承包人在合同无效时可以享有工程价款的请求权，就应当切实保证其实现。[31]④工程竣工验收合格即表明法律认可无效合同的承包人对工程增值的贡献，自然应赋予其优先受偿的权利。[32]

反对意见认为，赞成说忽视了建筑工程款优先受偿权的担保物权性质，而片面强调其独立性，与现行担保法有违；将承包人和建筑工人间的劳动合同关系与承包人和发包人间的施工合同关系直接联系在一起，突破了合同相对性原理。此外，施工合同无效后，承包人获得报酬的权利性质发生了改变，不再是合同之债，而是法定之债，承包人约定的债权已不存在，对约定债权担保的优先受偿权亦消灭。[33]

二　发包人的单方变更权

《合同法》第258条规定了定作人的任意变更权。建设工程施工合同为承揽合同的一种类型，但也有自身的特质，尤其是其履行期间往往较长，其间建设市场可能会出现较大变化，而且建设工地也可能出现一些新情况。在实践中，基于强势地位的发包人可能往往在建设工程施工合同中约定发包人的单方变更权。对这一约定的效力，《合同法》没作明文规定。

业主单方变更权的法律性质有两种见解。一种见解认为，工程承包合同中的“业主拥有指示变更的权利”约款为当事人之间强制缔约约定，只要业主提出变更的要求，承包人除了有正当理由外，都应予承诺。另一种见解认为，它系合同约定或法律规定的一方变更合同的权利，其性质为单纯形成权，不需要强制执行，也不需要法院判决。[34]

对业主单方变更权的效力，学界的共识是：发包人享有单方变更权的约款，对适应合同履行的复杂状况和情势变化具有积极意义，但必须予以限制。如认为，建设工程施工合同范本或一般合同条件应受诚实信用原则、可期待性理论及衡平法理的约束。因为施工合同中待建工程与工程价款之间应有均衡的给付关系，对应于发包人的单方变更权，承包人也应享有变更工程价款的请求权。变更估价应充分关注价格形成和确立的基础，可以适用或准用原合同计价清单中的子目单价；原计价基础发生变化时，双方应有重新协商、确定新价款的义

务，未能达成一致的，可参照原合同签订时当地市场价格确认。[35]

亦有学者认为，业主的单方变更权除受合同约定范围的限制外，还受到合同同一性的限制。当变更导致合同标的物改变或变更范围超过承包商订约时能合理预期的范围，导致合同同一性的改变时，承包商应有权拒绝。承包商接受的，也应有权调整合同价款和延展工期。最后，工程承包合同的变更也受相关法律和我国工程管理制度的限制，如在我国工程实务中，出于控制投资的目的，严格执行经批复的设计概算，禁止工程出现使用功能、质量标准、结构形式和建筑面积的变化。对照同一性的概念，若业主指示上述变更，应认为是对合同标的物的改变，属于债之更改，造成合同实质变更，承包商有权拒绝。[36]

三　承包人的优先受偿权

《合同法》第286条规定："发包人未按照约定支付价款的，承包人可以催告发包人在合理期限内支付价款。发包人逾期不支付的，除按照建设工程的性质不宜折价、拍卖的以外，承包人可以与发包人协议将该工程折价，也可以申请人民法院将该工程依法拍卖。建设工程的价款就该工程折价或者拍卖的价款优先受偿。"本条规定确认了承包人的优先受偿权。此后，最高法院通过《关于建设工程价款优先受偿权问题的批复》（法释［2002］16号）、《建设工程施工合同司法解释》等，进一步细化了建设工程价款优先受偿权。对此问题的争议，主要集中在如下方面：

（一）权利的性质

1.留置权说

这是《合同法》颁行初期时的学说，其后也为少数学者坚持。这种观点认为，"《合同法》在本条中扩大了留置财产的范围，建设工程合同的债权人对不动产同样可以行使留置权"。[37] 其理由主要为：①承包人的优先受偿权不需登记，显然并非抵押权和优先权；②若不考虑现行《担保法》对留置物须为动产的限制，承包人优先受偿权与留置权最为接近：第一，承包人在整个建设工程期间，依承包工程合同一直掌握和控制着该工程；第二，工程款与建设工程之间存在牵连关系；第三，须债权清偿期届满。[38]

这种观点近年来几乎被学界一致否定：第一，留置权仅适用于动产；第二，留置权以债权人对标的物的占有为成立要件和存续要件，承包人的优先受偿权不符合这一要件。[39]

2.法定抵押权说

该说的理由是：①法律的历史解释。《合同法》第286条从设计、起草、讨论、修改、审议直到正式通过，始终是指法定抵押权。[40] ②优先受偿权与一般抵押权的唯一区别是，前者系基于法律直接规定成立。在比较法上，未规定独立优先权制度的瑞士民法第837条和我国台湾地区“民法”第513条，均规定了承揽人就承揽关系所生之债权对承揽标的物享有法定抵押权，故解释为法定抵押权最符合该权利的性质。[41]

反对法定抵押权说的理由主要为：①违反了物权公示公信原则，不利于保护发包人的其他债权人的利益。而且，在比较法上，法定抵押权需要经过登记才能成立。[42] ②法定抵押权只能与意定抵押权一起依照顺位受偿，一旦其顺位后于意定抵押权，则承包人不能得到优先受偿，第286条就将成为一纸空文。但在立法上，承包人的优先权有确定的社会事实根据和利益衡量的考虑。[43]

3.优先权说

该说主张，承包人的优先受偿权是一种法定优先权。理由为：①该优先权是法律为了保护建筑工程承包人而设定的担保物权，既不同于抵押权，也不同于留置权。②优先权的客体既包括动产，也可是不动产，而且优先权强调法律的直接规定为其取得要件，不以占有或者登记作为构成要件，若仅针对一般债权人时，无须登记就可行使优先权。[44]

这种观点多不区分承包人的优先权系何种类型的优先权。但也有学者将其界定为特种债权上的优先权，即先取特权：①在现行法上，建筑工程承包人的优先受偿权优于抵押权和其他债权，与《日本民法典》中的“先取特权”概念相吻合，也与我国《海商法》第21条、《民用航空器法》第18条及《破产法》第37条等法律规定的优先权概念一致。②建筑工程价款的优先受偿权是法律赋予承包人的特种债权优于抵押权和其他债权受偿的权利。③建筑工程价款的优先受偿权难以归为抵押权或留置权。现行法也没有规定法定抵押权优于约定抵押权，只是规定了工程价款受偿权优先于抵押权及其他债权，解释为先取特权更符合法律目的。[45]

还有学者总结了将承包人的优先受偿权界定为优先权的优点：一是可避免给承包人增加不合理的注意义务；二是可为银行、消费者及其他主体提供确定的警示信息。[46] 或认为，这可以最大限度地实现立法意图，即保障承包人的权利的实现，促进工程项目的顺利进行；维护社会公平，因为工程款主要是承包人的劳务报酬，带有工资性

质，为其基本的生活来源。[47]

反对意见则认为，我国现行立法并未规定独立的优先权制度。优先权和优先受偿权均系译自外文，而在拉丁文和法文中，它们实际上是同一词。若认定建设工程承包人优先受偿权是不动产优先权，不仅与我国现行法相悖，也犯了同义反复的逻辑错误。[48]

（二）构成与行使

1.登记

《合同法》第286条和其他法律，并没有规定建设工程价款优先受偿权以登记为成立要件。故学界或不讨论登记问题，或持否定说。如认为，建设工程价款优先受偿权的成立依据是法律的直接规定，不需要当事人订立抵押合同，也不需要办理抵押登记。[49]

肯定说则认为，承包人的优先受偿权对发包人的其他债权人有极大影响，故应采登记成立主义。具体登记制度设计可仿效德、日等国的做法，采预登记制度以保全承包人优先受偿权的效力。[50] 另有学者虽然主张无须登记，但认为未经登记的优先权只能对抗普通债权，不能对抗有抵押担保的债权。预告登记时登记的工程款是优先权人优先实现其债权的最高数额。若最终实际结算的工程款高于预先登记的价款数额，以登记的价款数额为准；如实际价款低于登记数额，则以实际结算的价款数额为准。[51]

2.权利主体

建设工程价款优先受偿权主体之争主要集中在两方面：是否包括工程勘察人与设计人；是否及于分包人。

（1）勘察人与设计人

《合同法》没明文规定勘察人与设计人是否享有优先受偿权。学界存在肯定说与否定说。

否定说认为，建设工程合同应当作狭义解释，仅指《合同法》第269条第2款中的建设工程施工合同，不包括勘察合同和设计合同。[52] 其理由为：其一，承包人优先受偿权的立法目的，主要是保护社会的弱势群体即低收入的施工工人的工资和报酬利益，而勘察、设计人员收入较高，属于知识分子阶层，不属于法律特殊保护的对象。[53] 其二，勘察人或设计人的工作大多都是在建设工程承包人施工之前完成，且其工作成果多以勘察图纸或者设计图纸的形式展现，并没有形成实际的工作物，难以适用优先受偿权。[54] 其三，若合同相对方不履行价款义务的，设计人或者勘察人完全可以通过留置勘察图纸或者

设计图纸的方式，达到催促合同相对人履行合同义务的目的，无须在建设工程竣工之后向发包人主张建设工程价款优先受偿权。[55]

个别坚持肯定说的学者则认为，勘察人和设计人应是建设工程价款优先受偿权的主体。其理由为：其一，勘察人和设计人对建设工程增值具有直接贡献；其二，不赋予勘察人和设计人员工程价款优先受偿权，可能影响工程进度甚至质量。[56]

（2）分包人

分包人是否享有优先受偿权，学者同样形成了对立观点。

否定说认为，根据债的相对性原理，仅总承包人享有法定抵押权，分承包人、转承包人无此权利。因为在订立建设施工工程总承包合同后，总承包人再订立分承包合同或转承包合同的，分包人按照分包合同的约定对总承包人负责，分包人只对承包人有报酬请求权。[57]此外，在总承包人怠于行使建设工程款优先受偿权，使分包人的权利遭受损害时，分包人就建设工程款优先受偿权可行使代位权，是可保护其利益，故无须认定其有优先受偿权[58]

肯定说则认为，分包人在向发包人书面申报后，可享有建设工程价款优先受偿权的主体资格。理由是：不赋予其优先受偿权主体资格，可能使优先受偿权的立法目的落空。在我国建筑行业中，分包、转包现象非常普遍，且分包人、转包人垫资现象较为突出，分包人在总承包人怠于行使优先权损害其利益时，虽然可行使代位权，但这对分包人保护力度不足。一旦发包人资金链紧张，若不赋予分包人建设工程价款优先受偿权，极易造成停工，形成烂尾楼。[59]

3.成立时间

承包人优先受偿权可选择的成立时间有两种：一是债权未受清偿时，二是建设工程施工合同成立时。有学者认为，应以前说为当，因为在建设工程合同成立时，尽管承包人的工程价款债权即已产生，但承包人不能要求发包人支付价款，故优先权不可能成立。[60] 或指出，应依法律事实状况而确定。凡须经过登记才成立的，以登记时间为成立时间；如果是以阶段性工程为担保的，则以该项阶段性工程完成时间为成立时间；如果是以全部工程为担保的，优先权成立时间为全部工程竣工的时间。[61]

4.催告与“合理期限”

《合同法》第286条规定承包人“可以”催告发包人，按其文义，承包人可以催告发包人，也可以不催告发包人。但也有学者认为，承包人应向发包人发出催告通知，并设定合理期限，在合理期限届满

后，发包人不履行的，承包人才能行使优先受偿权。[62]

至于“合理期限”的确定，学界界定不同。如认为应依国际惯例和国内建设工程施工合同范本决定，如根据建设部99版合同文本及FIDIC文本，应确定为28天为宜；[63] 或主张适用《建设工程施工合同》，范本承包人给发包人合理的履行期限为56天，自发包人收到竣工结算报告及资料之日起算。[64]

5.行使期间

2002年，最高法院《关于建设工程价款优先受偿权问题的批复》明确规定，承包人行使建设工程价款优先受偿权的合理期限为六个月，从工程竣工之时或者合同约定竣工之时起算。有论者认为，这一期间显然过短：建设工程款的决算需要较长时间，且建设单位往往以拖延决算的方式来达到拖欠工程价款的目的，六个月的期间会使很多建筑工程的承包人丧失优先受偿权。此外，除斥期间的起算应从工程价款确定之日起计算。[65] 或认为，应从建设工程合同中约定的发包人支付工程价款的日期起计算。[66]

6.范围

依据《关于建设工程价款优先受偿权问题的批复》，优先受偿的建筑工程价款包括承包人为建设工程应当支付的工作人员报酬、材料款等实际支出的费用，不包括承包人因发包人违约所造成的损失。

有论者指出，司法解释规定的范围失之过窄：①工程款优先受偿的依据是工程价款与建筑工程有天然的牵连关系，而其他债权与建设工程不存在这种牵连关系。因此，仅以工程价款中包括了大量的工资，生存权益高于经营权益为由来解释优先受偿权，显然是片面的。②工程价款包括直接费、间接费、计划利润及税费，数额一般是双方通过招投标程序确定的，没有理由将其中任何一项排除在优先受偿的范围之外。③《合同法》286条款的直接目的，就是为了矫正建设单位与承包人之间失衡的地位和利益。[67]

《关于建设工程价款优先受偿权问题的批复》将承包人实际支付的材料款也纳入优先受偿权的保护范围。有学者认为，这与国家现行的房地产开发政策规定明显相冲突，并可能导致带资、垫资施工现象进一步泛滥。此外，这也有违债权平等权原则，由建筑企业带资、垫资而成的材料款，实质上就是建筑工程发包人向承包人的借款，它与建筑工程发包人向金融机构的借款在效力上没有强弱之分。[68]

（三）与其他权利的竞合

《合同法》286条款没有明确承包人的优先受偿权与其他权利竞

合时如何处理。“优先”是指仅优先于无担保的普通债权，还是也包括抵押担保债权，学界与实务界争议较大。

1.优先受偿权与约定抵押权

在《关于建设工程价款优先受偿权问题的批复》出台之前，一种观点认为，无论承包人的优先受偿权产生在约定抵押权之前还是之后，均应优先于约定抵押权。其理由为：①法定权利应当优先于约定权利；②在优先受偿权担保的债权中，相当部分是建筑工人的劳动工资，应予优先；③建设工程是靠承包人付出劳动和垫付资金完成的，如果允许约定抵押权优先行使，无异于以承包人的资金清偿发包人的债务，发包人将自己的债务转嫁给承包人，违背公平原则及诚实信用原则；④承包人的优先受偿权是法律为保护承包人的利益而特别赋予的权利，具有保护劳动者利益和鼓励建筑、创造社会财富的政策目的。[69] ⑤若以时间成立为标准确定法定抵押权和意定抵押权的先后次序，势必使优先受偿权的功能丧失殆尽。[70]

反对意见则主张以成立时间的先后确定优先次序。因为优先受偿权也是一种抵押权，而抵押权的效力次序适用“时间在先，权利在先”原则。[71] 《关于建设工程价款优先受偿权问题的批复》出台后也受到一些学者批评，认为它随意突破了物权优于债权的基本原理，还违反了不动产的公示原则和公信原则：消费者的权利和承包人的权利未经登记，却可以优于一个尽到自己善良注意义务，并采用登记手段来保护债权的抵押权人的权利。[72]

2.建设工程款优先受偿权与商品房买受人的债权

在开发商未交房或虽交房但尚未办理产权过户时，房屋仍属于开发商所有，仍为优先受偿权的对象。优先受偿权与商品房买受人的债权何者优先，至关重要。《关于建设工程价款优先受偿权问题的批复》出台之前，有学者即建议承包人的优先受偿权不能优先于商品房买受人的债权。认为若允许承包人行使优先受偿权，等于开发商将自己的债务转嫁给了业主，严重违背特殊保护消费者的法律政策。故，消费者属于生存利益，应当优先，承包人属于经营利益，应退居其次。[73] 反对意见则认为，承包人对工程价款的债权与买方对预售商品房的请求权均为债权，都由法律特别赋予相当于物权的效力。二者发生冲突时，应以成立时间之先后定其优先次序。[74] 或认为，买受人的优先权必须经过预告登记后才能产生物权效力，否则不能对抗建筑工程承包人的优先权。[75]

《关于建设工程价款优先受偿权问题的批复》明确规定，消费者交付购买商品房的全部或者大部分款项后，承包人就该商品房享有的

工程价款优先受偿权，不得对抗买受人。

6.破产程序中的适用

有学者认为，承包人的工程款债权就建设工程在破产清偿顺序中的位次应当是：破产费用和共益债务、工程款债权、抵押债权、劳动债权、社保费用和税款、普通债权。[76]

四　评论

国内的建设工程合同以施工合同为主，故最高法院专门对施工合同制定了司法解释。国内学界对它的研究深度，与它在合同领域的重要性完全不相称。实务界尤其是建筑界、律师界对其研究则相对较多，但亦难称深入。

1.合同文本

建设工程合同领域最有名的合同范本无疑为FIDIC（国际咨询工程师联合会的简称，Federation Internationale Des Ingenieursconseils，我国1996年正式加入该联合会）的各种范本。FIDIC于1999年出版了《施工合同条件》（Conditions of Contract for Construction，红皮书）、《工程设备与设计—建造合同条件》（Conditions of Contract for Plant and Design - Build，黄皮书）、《EPC/交钥匙项目合同条件》（Conditions of Contract for EPC/Turnkey Projects，银皮书）、《简明合同格式》（Short Form of Contract，绿皮书）等。这些范本在国际上具有“软法”地位。我国住建部和国家工商总局的《建设工程施工合同（示范文本）》亦深受其影响。此外，英国土木工程师学会（Institution of Civil Engineers，ICE）的NEC合同条件与ICE7，合同审定联合会（Joint Contracts Tribunal，JCT）的JCT2005系列，英国咨询建筑师协会（Association of Consulting Architects，ACA）的PPC2000、SPC2000、TPC2005及ACA基本文件等，亦有一定影响。

2013年4月3日，住建部和国家工商总局颁行了《建设工程施工合同（示范文本）》。它将1999年文本中的11个合同要素增加至20个，其中借鉴FIDIC范本的诸多新内容都值得研究，如价格市场波动的合理调价制度、工程移交证书制度、索赔过期作废制度等。

2.施工合同无效，工程竣工验收或经修复仍不合格时的工程价款

对此可选择的解决方案有：①按成本核算。其理由是发包人对合同无效同样有过错，而且也没尽到监督责任，按成本核算是要求双方

各承担部分损失。但这种方案不仅违反现行法，而且对发包人不公，因为其接受不合格工程后还需自行拆除。②不支付工程款，适用《合同法》第58条确定双方的赔偿责任。相比而言，第二种方案更为合理、合法。

此外，工程不能竣工时，若不可归责于承包人的（如由于国家计划调整或发包人资金短缺），发包人对已完成的部分应支付约定的工程款，并承担违约责任。

3.建设工程款优先受偿权的放弃

在实践中，发包人为在以后将建筑工程抵押，往往在合同中约定承包人放弃建设工程款优先受偿权。在发包人与银行订立借款合同时，银行也常常要求发包人出具承包人放弃建设工程款优先受偿权的承诺书。《合同法》与《关于建设工程价款优先受偿权问题的批复》均未涉及这一问题。

放弃优先受偿权无疑背离了《合同法》的立法目的，但一概认定为无效，可能导致发包人遇到融资困难。比较妥当的方法，似乎是从宽认定发包人胁迫的构成要件，使该约款可被撤销；若发包人对工程款提供了足额的担保时，可认定放弃优先受偿权的约款有效。

4.附条件支付条款（“pay when/if paid”条款）的效力

亦称“背靠背”条款。即约定，只有在业主向总承包人支付工程款后，总承包人才向分承包人支付。英国的《房屋转让、施工和重建法案（1996）》（Housing Grants，Construction and Regeneration Act1996）第113节（1）款规定，附条件支付条款无效，除非总承包人破产；美国加州高等法院也曾判决其无效。[77] 我国实务界有人以该条款违反了合同相对性为由，主张其无效。但这一理由很难成立。若要确认其无效，可考虑两种思路：一是从价值判断入手；二是认为这一约款完全可能使债权的权能丧失殆尽。

5.违约责任与侵权责任

建设工程施工合同质量存在瑕疵时，造成人身损害或财产损害的可能性较大，违约责任与侵权责任的竞合也较常见。《合同法》第282条规定：“因承包人的原因致使建设工程在合理使用期限内造成人身和财产损害的，承包人应当承担损害赔偿责任。”值得思考的是它与《侵权责任法》第85条、第86条的关系：①在建筑物的某组成部分脱落、坠落造成业主以外的他人（包括没经许可进入建筑物内的人）损害时，受害人是否可以依据《合同法》第282条请求侵权损害赔偿？②若建筑工程造成发包人损害的，发包人是否可以依据《合同

法》第122条，选择违约之诉与侵权之诉？因为国家建筑规范对各种结构的建筑规定的最低使用年限都比最长诉讼时效长，故，似乎可以将《合同法》第282条解释为违约责任的请求权规范基础。

第三节　委托合同

一　《合同法》与英美法的代理制度

委托合同是大陆法系传统民法中的重要合同类型，往往也是代理权产生的基础法律关系。大陆法系传统代理制度奉行显名主义，即代理人必须以被代理人的名义与相对人从事法律行为，故代理均为直接代理。《民法通则》也如此。《合同法》第396条对委托合同的定义是："委托人和受托人约定，由受托人处理委托人事务的合同。"这一定义言简意赅，并没有规定委托人应以自己的名义还是受托人的名义对外活动。但《合同法》第402条与第403条又规定了委托人以自己的名义与第三人订立合同的法律效力；此外在大陆法中，间接代理被称为行纪，《合同法》又专章规定了行纪合同。可见，《合同法》第402条与第403条是否承认了英美法上的相关代理制度，涉及《合同法》体系逻辑与法律适用，兹事体大，故在《合同法》颁行后，学界委托合同研究的重点即集中在这两条规范。

1.肯定说

肯定说认为，《合同法》第402条与第403条大致对应于英美法的隐名代理与不公开本人身份的代理。《合同法》以我国外贸代理（代理公司以自己的名义对外订立合同）为实践基础，又借鉴了《国际货物销售代理公约》中的相关规定，正式承认了间接代理制度。[78]按照英美法的划分，《合同法》第402条规定的是隐名代理，第403条规定的是本人身份不公开的代理。隐名代理与本人身份不公开的代理的核心区别是：隐名代理中，被代理人、代理人和第三人相互之间都知道彼此的存在，但第三人不知道被代理人的姓名或名称；在本人身份不公开的代理中，第三人根本不知道本人的存在。[79]

肯定论者都充分意识到《合同法》的这种立法例会造成法律体系不协调，给法律适用造成困难。[80]　如认为，《合同法》第402、第403条的立法基础为英美法上的"等同论"，完全覆盖了行纪，而《合同法》第421条关于行纪人与第三人关系的规定，其理论基础则为大陆法系的"区别论"。这种双重理论基础导致了法律规范的不协调和法律适用的困难与混乱。如当受托人为委托人利益而以自己的名义从事

由委托人支付报酬的贸易活动时，究竟是适用第402条、第403条还是第421条？[81]

2.否定说

有学者认为，代理显名主义的目的在于保护与代理人为法律行为的第三人，避免使第三人在意料之外与本人之间建立法律关系，违背第三人的意思自治原则且损害第三人利益。《合同法》第402条系扩张解释《民法通则》“以被代理人名义”的结果，并非对“显名主义”的突破。因为《民法通则》规定“代理人以被代理人名义实施民事法律行为”，但并未规定“以被代理人名义”的具体形式。故“以被代理人名义”应采宽泛解释，不仅包括代理人既公开其代理人身份亦公开被代理人姓名，而且包括代理人仅公开其代理人身份但未公开被代理人姓名。第403条则借鉴英美法中的代理规则，承认间接代理在一定条件下可在本人与第三人之间产生违约责任请求权。但它并非承认间接代理在任何情况下均可以产生这种结果，故没有背离“显名主义”的宗旨，而是对该原则的必要补充，同时顺应了经济生活发展的潮流，有助于减少讼争，维护社会经济秩序。[82]

二　《合同法》第402条

《合同法》第402条规定：“受托人以自己的名义，在委托人的授权范围内与第三人订立的合同，第三人在订立合同时知道受托人与委托人之间的代理关系的，该合同直接约束委托人和第三人，但有确切证据证明该合同只约束受托人和第三人的除外。”本条解释论上的争议较大。

（一）“知道”的内容

《合同法》第402条仅仅规定了“知道”，而没有明确是否包括“应当知道”，学者看法不同。有学者认为应对“知道”作扩张解释，包括知道与应当知道。[83]　也有学者持反对意见，认为“知道”仅限于“明确知道”。[84]

至于“知道”的内容，争议主要在于是否需要知道代理人的身份和委托授权的内容与期限。肯定说认为，“知道”的内容应当包括具体的被代理人和委托授权的内容及期限；[85]　否定说则主张，“知道”的内容包括代理的事实、谁是被代理人，但不包括委托授权的内容及期限；[86]　或将“知道”的范围限定为委托人与受托人之间的代理关系，或行为人作为代理人的身份。[87]

（二）“直接约束”的法律意义

第402条中的“直接约束委托人和第三人”的焦点在于，在委托人介入合同后，受托人是否退出其与第三人订立的合同。有学者指出，第三人或委托人不履行合同义务时，受托人不承担违约责任，而只承担通知义务。[88] 或明确指出，在委托人介入合同后，受托人退出合同。其理由为：①从文义解释的角度看，《合同法》并未使用“该合同也约束委托人和第三人”的表述。②代理行为的法律效果最终由被代理人承受。③从体系解释的角度考察，委托人一旦依据《合同法》第403条行使介入权，即取代受托人的合同地位。[89]

反对意见者认为，受托人并没有退出合同。并认为，“有确切证据证明合同只约束受托人和第三人的”，应包括：其一，受托人与第三人在合同中明确约定，合同仅在受托人与第三人之间发生效力；其二，虽然没有前述约定，但依据合同解释，可以确定当事人仅希望合同在受托人和第三人之间发生法律效力。[90]

三　《合同法》第403条

《合同法》第403条是《合同法》最长的条文，它调整的是受托人以自己的名义与第三人订立合同时，第三人不知道受托人与委托人之间的代理关系的情形。其第2款与第3款分别规定了受托人的披露义务、委托人的介入权与相对人的选择权等。学界围绕本条规范的研究集中在如下方面：

（一）解释论

1.规范性质

第403条是否为英美法上的不披露本人的代理，学界多持肯定意见。但也有学者认为，依英美法不公开被代理人身份的代理，代理人以自己的名义与第三人签订合同，代理人应对其与第三人所订立的合同负责。但在两种情形，代理人自动丧失对合同的实体请求权和诉权：一为身份不公开的被代理人行使介入权；二为第三人知道被代理人的存在时，向被代理人行使选择权。但依照《合同法》第403条，只有受托人“因第三人的原因对委托人不履行义务时或者受托人因委托人的原因对第三人不履行义务且受托人履行了披露义务时”，被代理人与第三人方可行使介入权与选择权。故，二者并不等同。[91]

另有学者认为，《合同法》第402条是归属规范，但第403条并非归属规范。后者借自英美法，其本意是通过委托人的介入或第三人

的选择，在本人和第三人之间直接建立起合同关系。[92]

2.适用条件

《合同法》第403条适用的前提是受托人以自己的名义与第三人订立合同，第三人不知道受托人与委托人之间的代理关系。有学者认为，不知道“受托人与委托人之间的代理关系”有两种理解：其一，根本就不知道受托人是受人之托；其二，不知道受托人是受何人所托，但知道受托人是受人之托。后者构成英美法上不公开本人姓名的半显名代理（相对人知道或可得而知代理关系，但不知被代理人的身份），此时，第三人不享有选择权。[93]

3.抗辩权

《合同法》在规定第三人选择权的同时，又规定了委托人可以对第三人主张自己对受托人的抗辩及受托人对第三人的抗辩。有学者据此认为，《合同法》实际上与纯正的英美法不公开本人身份的代理理论背道而驰。[94] 反对者则认为，《合同法》的规定与其差距不大，唯一不同的是没有限定有效抗辩：即在主观上，本人向代理人履行的行为必须出于诚信和善意；在客观上，有效抗辩必须存在于第三人选择之前。鉴于第三人有可能和受托人通谋恶意侵害委托人的利益，在委托人行使介入权时，第三人对委托人的抗辩，应该以在知道或者应当知道未显名的委托人之前存在的抗辩理由为限。[95]

4.第三人的选择权

依《合同法》第403条第3款，受托人因委托人的原因对第三人不履行义务，受托人应当向第三人披露委托人，第三人因此可以选择受托人或者委托人作为相对人主张权利。有学者认为，选择权的行使是以被代理人违反了其间接承受法律效果的意思为前提的。法律为保护受托人和相对人的利益，在被代理人出现违约行为时，被代理人直接承担代理的效果。这虽然突破了合同的相对性，但却是合理的。[96]

5.行纪合同能否准用《合同法》第403条

《合同法》第423条规定，《合同法》对行纪合同没有规定的，“适用委托合同的有关规定”。至于哪些委托合同的规定可以准用于行纪合同，学界的研究主要集中在第402条和第403条。如认为，《合同法》中的“行纪”应解释为行纪经营者所从事的商业活动，故不适用第402条，第403条则仅适用于非行纪的间接代理而不适用于行纪。[97] 在法律实务中，当受托人为委托人利益，以自己的名义从事由委托人支付报酬的贸易活动时，究竟是适用《合同法》第402条、第403条还是适用第421条，均存在疑问。有观点认为，应废除《合

同法》第421条，上述情形均适用《合同法》第402条和第403条。[98]

（二）立法论

1.《合同法》第403条的存与废

有学者建议，第403条规定的代理“对公开原则的弱化已到极致，不宜纳入民法典总则对代理的一般规定当中，而宜作为委托合同效力或者说委托合同违约责任的一种特别规定，规定在债法或者合同法分则当中”。[99]

2.《合同法》第403条的修改

《合同法》第403条的文字虽多，但仍然有诸多缺漏。学者的建议主要集中在介入权与选择权。如建议对403条作如下修订：①被代理人的介入权：代理人向被代理人披露第三人后，被代理人可以行使代理人对第三人的权利。但是，第三人与代理人订立合同时，如果知道该被代理人就不会订立合同的，或者被代理人如果行使介入权将与代理人与第三人所订合同中的明示或默示条款相抵触的，不在此限。被代理人应当将其行使介入权的意思表示分别通知代理人和第三人。在接到通知之后，第三人不得再向代理人履行给付义务。②第三人的选择权方面，建议增加规定：“第三人应当将其行使选择权的意思表示分别通知代理人和被代理人。在接到通知之后，被代理人不得再向代理人履行给付义务。”[100] 另有学者建议将行使介入权、选择权的条件界定为：受托人丧失了债务清偿能力，或者对委托人或第三人实施了根本违约行为，或者在合同债务的履行期限届满之前，就已明确受托人将会违约。[101]

此外，也有学者对第403条提出了详细的修改建议：①第1款中的“但第三人与受托人订立合同时如果知道该委托人就不会订立合同的除外”，修改为：“委托人取得受托人对第三人的权利后，该权利所涉及的那部分合同直接约束委托人和第三人。但当事人之间另有约定的除外。”②第1款中“受托人因第三人的原因对委托人不履行义务”，修改为“受托人因第三人的原因对委托人不履行义务或者履行义务不符合约定。”第2款中“受托人因委托人的原因对第三人不履行义务”，修改为“受托人因委托人的原因对第三人不履行义务或者履行义务不符合约定。”③增加一款作为第4款：“受托人在委托人行使介入权、第三人行使选择权之后，负有积极配合权利人行使权利的义务。”[102]

四　任意解除权

（一）构成要件

《合同法》第410条规定："委托人或者受托人可以随时解除委托合同。因解除合同给对方造成损失的，除不可归责于该当事人的事由以外，应当赔偿损失。"明确了委托合同当事人均享有任意合同解除权。在解释上，当事人不论是否有过错，或基于何种理由，在任何时候均可无须举证即可解除合同。[103]

学界充分意识到《合同法》第410条的文义过于宽泛，认为如果不限制任意解除权，可能会出现不公平的结果。因而，在委托人和受托人共同分享利益、共担风险时，可以限制委托合同当事人的任意解除权。[104] 或认为，第410条应作限缩解释。当一个合同既包含委托的因素，又包含其他合同类型的因素（买卖、知识产权转让等），从而构成无名合同时，由于委托因素和其他类型的合同因素已经形成了一个不可分的共同体，不得适用第410条解除合同。[105]

（二）解除权抛弃的特约

在商事实践中，委托合同当事人会往往排除《合同法》第410条的适用，即约定双方或一方当事人不能行使任意解除权。对这种特约的效力，学界看法不同。肯定说认为，这种约定只关系到当事人的利益，不涉及公共利益与第三人的利益，应予许可。[106] 也有学者区分情形讨论：①无偿委托场合，解除权抛弃特约无效。因当事人之间的合同约束力很弱，维系合同效力的只有当事人之间的信赖关系，一旦信赖关系破裂，没有理由勉强维持合同关系；②有偿委托的场合，解除权抛弃特约原则上有效。因当事人之间除了信赖关系外，还有其他利益关系，应尊重当事人的意思自治，除非这种限制有违公序良俗，或出现了不得不解除合同的情形。[107]

（三）损害赔偿的范围

《合同法》第410条并没明确规定当事人行使任意解除权时的损害赔偿范围，故在理论界与实务界都引发了热议。其核心是履行利益是否应赔偿。

较多学者认为，赔偿范围应包括履行利益。如认为，在扣除受托人免于履行所支付的费用后，应赔偿履行利益损失；[108] 或认为，不论是基于一方违约行为解除委托合同，还是一方非基于违约行为行使法定任意解除权，除非双方明确同意不赔偿可得利益。法官在考量损失时都应考虑可得利益。在确定具体数额时，需权衡合同约定数额、当事人证据的证明力及合同履行的阶段性效果等。[109]

反对意见则认为，《合同法》第410条规定的赔偿仅仅是直接的

消极利益损失，不包括可得利益损失。[110]

也有学者持折中态度，认为一般不应包括可得利益。但是，如果援用合同法第410条主张"解除"的一方实质上是故意毁约的，就应按拒绝履行追究其违约责任，其赔偿范围应为履行利益的损失。其他情形应当区分：首先需要区分委托行为是否有偿。如为无偿委托的，有必要将赔偿限于"因不利时期解除而造成的损害"。有偿委托的，需要类型化：①委托合同为双务有偿合同，当事人的合同利益不取决于其他法律行为是否成立、生效与履行时，损害赔偿的范围一般可按照履行利益的损失确定。②委托合同为双务有偿合同，当事人的合同利益取决于其他法律行为是否成立、生效与履行时，损害赔偿范围一般限于信赖利益。如房屋销售代理中，每售出一套商品房，销售代理商即有权提取房款额的3%，此时不宜赔偿履行利益。[111] 或认为应区分为民事委托和商事委托。[112]

五　评论

委托合同是最经典的合同类型之一，也是代理最常见的原因行为，学界对其研究已相当深入。兹就如下问题，略陈私见。

1.术语的使用与《合同法》的立法技术

《合同法》第402条与第403条既系委托合同规范，也是代理规范。这种立法例确实有可议之处。对这两条规定的主旨，或者说代理类型的名称，学界所用术语差别很大。其根源盖在于两大法系代理制度的不同构造。若以大陆法系的直接代理与间接代理（行纪）剪裁这两条规范，无疑南辕北辙，毕竟这两条规范系移植英美代理制度。关键问题是：大陆法上的间接代理概念能否容纳英美法上的隐名代理和本人身份不公开的代理？

有观点认为，《合同法》第402条和第403条是对间接代理制度的规定，似为误解。学界对两大法系的代理制度的认识，很大程度上受施米托夫的"区别论"与"等同论"这一区分的影响。前者是大陆法系代理的基本理论，即区分委任合同与代理权的授予行为，注重代理人对外活动的名义人；后者是英美法系代理的基本理论，它将代理人的行为等同于被代理人的行为，而无论代理人对外活动的名义人是谁。[113] 尽管有学者对这种理论的精确性提出了合理质疑，[114] 但迄今没引起足够重视。实际上，正如一些学者敏锐观察到的，大陆法系的代理规范是法律效果归属规范，即代理行为的效果在法律上归属于谁；而英美法上的代理是一种合同关系，它更关注代理人和被代理人之间

的内部关系。[115] 两大法系的代理制度并非一事，差异明显。[116] 就间接代理而言，大陆法系强调的是代理行为的效果先归属于代理人，其后再通过其他行为移转给被代理人，而并非间接代理人以自己的名义对外实施法律行为。故在德国法上，间接代理并非真正的代理，因为它并不会产生代理的三方关系和法律效力的归属。

从这个角度看，《合同法》第402条和第403条无法与《民法通则》中的代理制度兼容，也无法纳入行纪合同，《合同法》将其纳入委托合同，确属无奈之举。《合同法》的立法体例也引发了一个重要的比较法问题，即在法律移植时，如何将两种法系功能类似的制度熔于一炉？

2.第三人的选择权

《合同法》第403条规定了第三人的选择权。但正如有学者指出，第三人只能在本人和代理人之间选择其中之一，未必公平，尤其是第三人因误信代理人有足够资力而选择了代理人时。时下在美国的多数州，法院都要求本人和代理人对第三人承担连带责任。[117] 值得思考的是，第403条与《合同法》的其他规定是否矛盾，或者说，由本人与代理人承担连带责任有无法律依据？依《合同法》第32条，在合同上签字或盖章的主体即为当事人，但实际履行合同义务和享有合同权利的主体是否也同时为合同主体，司法解释（如《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国公司法〉若干问题的规定（三）》第2条）和司法实践亦多承认这一点。

3.民法的商化

《合同法》第410条不区分民事与商事，一概规定委托合同的双方当事人可以任意解除合同，是《合同法》力图民商合一的典型体现，已受学者广泛诟病。如认为，第410只有适用于无偿委托时“方能圆融无碍”，对有偿委托系为双方利益不能无条件适用。当事人双方在丧失信赖时，可通过单方的意思表示消灭委托合同，但应区别委托合同有偿无偿、有无确定期限，尤其要斟酌以委托为基础的商事营业或商业辅助人的特殊性，在解除的原因、时期、方法和后果等方面，进行必要的调整。[118] 就众多的合同类型而言，《合同法》第410条对民商关系的处理只是冰山一角，更多的民商关系问题，尚待深入发掘。

第四节　其他合同

一　承揽合同

（一）承揽合同与相关合同

1.承揽与雇佣

对承揽与雇佣的区分，有代表性的观点为：①工作的独立性不同。承揽人的独立性强，同时需承担风险负担；受雇人则相反。②义务的性质不同。承揽人的义务是结果义务，必须交付约定的工作成果；受雇人则只是提供劳务，无须交付成果。③利益归属不同。承揽人提供工作成果，定作人按照约定付酬；受雇人则通常按劳动期限取得工资。④履行合同中造成的损害责任承担不同。承揽人执行承揽事项时造成他人损害的，应承担责任，定作人仅在有指示、选任过失时承担责任；受雇人造成损害的，通常由雇主承担责任，受雇人仅在其故意或重大过失时承担连带责任。[119]

对实践中两种合同的区分，有学者提供了如下思路：即首先看双方的约定，无约定时首先补充协议；达不成补充协议的，遵循交易习惯；无习惯可循的，按照承揽合同处理。因为承揽合同为有名合同，《合同法》规定周全，而雇佣合同为无名合同，我国现行法欠缺具体规定。[120]

2.承揽与买卖

承揽与买卖通常都容易区分，成问题的是承揽供给合同。有学者认为，若工作成果为特定物时，为承揽合同。为种类物时，首先依当事人的约定，未约定的，工作成果为种类物时，为买卖合同。[121] 亦有学者强调当事人的缔约目的，即当事人订约目的是使定作人取得标的物所有权的，为买卖合同；使承揽人取得所有权并转移于定作人的，为承揽合同。合同的目的判断，可依据合同名称、内容和第三方判断等标准。[122] 或认为，在双方没有约定时，应采取如下顺序确定：①合同合意。看合同文本中有无强调标的物的受领人控制生产过程的内容，如材料选材权、监督检查权、单方设计变更权、终止定作权等。如有，为承揽合同；如无，应认定为买卖合同。②辅助标准。若合同合意的判断缺乏足够依据，可参考合同标的物、合同主体、权利义务及风险转移等标准。③无法区分时，应定性为买卖合同，因为买卖合同更具有一般性，其规定基本上都可适用于承揽合同，而承揽合同的规定不一定适用于买卖合同。[123]

（二）不规则承揽合同

不规则承揽合同是指由定作人提供材料，但承揽人可以用同种

类、品质、数量的材料代替的承揽合同。有学者认为，《合同法》第256条第2款规定“承揽人不得擅自更换定作人提供的材料，不得更换不需要修理的零部件”，并非否定不规则承揽，只是宣示中国现行法以一般承揽为原则，仅在当事人约明或定作人同意时才承认不规则承揽。因为法律许可承揽人经定作人同意或因双方约定，更换定作人提供的材料。[124]

（三）工作成果的归属

承揽合同的工作成果为有体物时，存在工作成果的所有权归属及是否需要移转的问题。《合同法》对此未设明文。如果当事人约定工作物完成之时所有权即归定作人或承揽人，自然优先适用合同约定。未约定或约定不明时，有学者认为，应依物权原始取得规则确定工作物权利的归属，因为承揽人制作工作物是经定作人同意进行材料加工和附合的过程。[125] 或提出如下规则：①一般承揽合同，宜认为工作物所有权归定作人。②不规则承揽，宜认为工作物所有权由定作人原始取得。③定作合同，需按照具体情形讨论：如工作成果为动产，定作人提供承揽工作所附基础的（如维修家具），工作成果的所有权归定作人；定作人未提供的（如西装店提供布料），由定作人原始取得；材料属于第三人的，应按照附合或加工的规则，确定工作成果所有权的归属。[126]

（四）工作物的风险负担

1.材料的风险负担

即承揽合同中定作人或承揽人所提供的材料因不可归责于双方当事人的事由毁损灭失时，损失由谁承担。学者多认为，此时承应遵循民法风险负担的一般规则，由材料所有人负担，当事人另有约定的除外。[127] 或申论其理由：①取得工作物所有权是承揽合同的直接后果；②工作物的完成体现为客观事实，且当事人可举证确认；③有利于平衡双方的利益。[128]

2.工作成果的风险负担

即承揽人已完成的工作成果因不可归责于双方当事人的事由毁损灭失时，损失由谁承担。有学者认为应采交付主义，[129] 或主张应区分承揽合同的类型：①若定作人自始即取得工作成果的所有权的，当事人之间不需进行财产所有权的移转，应由定作人负担风险，当事人另有约定的除外；②承揽人首先取得工作成果的所有权，在当事人之间须进行财产所有权移转的，应参照适用买卖合同标的物毁损、灭失风险负担的有关规定。工作成果的风险在交付以前由承揽人承担，在交付以后由定作人承担，当事人另有约定或者法律另有规定的除外。

[130]

3.报酬的风险负担

即承揽人已完成的工作成果由于不可归责于双方当事人的事由毁损灭失的，定作人应否向承揽人支付约定的报酬。有学者认为应区别情形：①在承揽人完成工作成果时，即由定作人自始取得工作成果所有权的，此时承揽人不能履行的是交付工作成果的债务。因承揽人已提供了劳务，完成了工作任务，且交付工作成果并非承揽人的主合同义务，故，报酬风险应由定作人负担。②由承揽人首先取得工作成果所有权的，报酬的风险负担应适用《合同法》第94条第1项（因不可抗力导致合同目的不能实现时的合同解除），即由承揽人负担报酬的风险。[131]

（五）承揽人的瑕疵担保责任

《合同法》第262条规定："承揽人交付的工作成果不符合质量要求的，定作人可以要求承揽人承担修理、重作、减少报酬、赔偿损失等违约责任。"本条规定内容简略，学界对如下问题作了深入研究。

1.责任性质

本条规定的内容到底是承揽人的违约责任还是瑕疵担保责任，同样引起了争议。

（1）违约责任说

该说认为，本条"确立了承揽人违反约定的质量要求应当承担违约责任"。[132] 这种定性"不仅有助于简化法律适用关系，而且也契合大陆法系有关承揽合同法的最新立法精神。"[133] 亦有学者申论其理由为：其一，文义解释。《合同法》第262条明确使用了"可以要求承揽人承担……违约责任"的措辞。其二，体系解释。《合同法》分则中有关瑕疵责任的条款还包括第153—158条规定的出卖人瑕疵责任，第191条规定的赠与人对赠与财产的瑕疵责任，均为违约责任。其三，立法简洁与大陆法系立法趋势。将《合同法》第262条所定责任定性为违约责任而非瑕疵担保责任，避免了需要处理、协调违约责任与瑕疵担保责任之间关系的棘手问题，不仅立法简洁，而且有助于降低司法成本，也符合大陆法系国家或地区民法的立法趋势。[134]

（2）瑕疵担保责任说

持该说的学者均主张《合同法》并没有以违约责任代替瑕疵担保责任。该说认为，《合同法》第262条规定的为物的瑕疵担保责任。[135]

2.构成要件

对《合同法》第262条的适用条件，学界看法不尽相同。如认为应包括：①承揽人交付的工作成果不符合质量要求。②工作成果验收不合格。③承揽人具有过错。[136] 或概括为：①必须是工作成果存在瑕疵。②工作成果无须交付时，瑕疵必须在工作成果完成时存在；在工作成果必须交付时，瑕疵必须在交付前存在。③必须是非因定作人指示或其所提供材料而生的瑕疵，即须为因承揽人的工作方法不当而生的瑕疵。[137]

最详细的构成要件说包括如下五项：①工作成果不符合质量要求；②工作成果不符合质量要求原则上须于工作完成时或工作成果交付时存在；③定作人应及时检验工作成果是否符合质量要求，并及时通知定作人；③工作成果不符合质量要求非因定作人的指示或其提供的材料所致；④工作成果不符合质量要求与定作人无关；⑤当事人未以特约排除承揽人的责任。在这些构成要件中，除极少数由《合同法》第262条明定外，其余或是对买卖物之瑕疵责任相应要件的准用，或是基于事理参酌比较法而设定。如《合同法》没有规定定作人的通知期间，但根据我国《合同法》第174条的规定，对定作人检验通知期间，可准用买卖合同的有关规定。对比《合同法》第157和第158条，可得出如下结论：首先适用承揽合同约定的检验期限；未约定检验期限的，则定作人应及时检验，并应在发现或应发现工作成果质量不符合要求的合理期限内通知承揽人，或自收到工作物之日起2年内通知承揽人。如果定作人未为上述检验通知，则视为承揽人交付的工作成果符合质量要求，承揽人不必就承揽工作成果质量承担责任。[138]

二　居间合同

（一）“跳单”行为的法律效力

居间合同引发学界热议，缘于最高法院公布的“上海中原物业顾问有限公司诉陶某居间合同纠纷案”（指导案例1号）。该案的基本案情是：　2008年，李某到多家房屋中介公司挂牌销售涉案房屋。同年11月23日，上海甲公司带陶某之妻曹某看了该房屋。11月27日，中原公司带陶某看了该房屋，并于同日与陶某签订了《房地产求购确认书》。约定陶某在验看过该房地产后六个月内，陶某或其委托人、代理人、代表人、承办人等与陶某有关联的人，利用中原公司提供的信息、机会等条件但未通过中原公司而与第三方达成买卖交易的，陶某应按照与出卖方就该房地产买卖达成的实际成交价的1%，向中原公司支付违约金。当时中原公司对该房屋报价165万元，甲公司报价

145万元，并积极与卖方协商价格。11月30日，在甲公司居间下，陶某与卖方签订了房屋买卖合同，成交价138万元。后买卖双方办理了过户手续，陶某向某房地产顾问公司支付佣金1.38万元。中原公司起诉陶某，请求法院判令陶某按约支付中原公司违约金1.65万元。二审驳回了原告的诉讼请求。主要理由是被告未利用原告提供的条件，而是通过其他公众可以获知的正当途径获得同一房源信息，选择其他中介公司缔约，并不构成违约。[139]

本案引发的讨论是实践中多见的“跳单”行为。“跳单”并非法律概念。它是指买受人或出卖人与中介公司签署了居间合同，中介公司已按照协议履行了义务，但买卖合同的一方或双方为了规避或缩减向中介公司支付中介费的义务，跳过中介公司，双方私自签订买卖合同的行为。理论界与实务界对其研究集中于如下问题：

1.禁止“跳单”约款是否生效

依据《合同法》，居间合同是居间人向委托人报告订立合同的机会或者提供订立合同的媒介服务，委托人支付报酬的合同（第424条）。居间人促成合同成立后，委托人应当按照约定支付报酬。居间人的报酬没有约定或者约定不明确，适用合同补充规定仍不能确定的，根据居间人的劳务合理确定。因居间人提供订立合同的媒介服务而促成合同成立的，由该合同的当事人平均负担居间人的报酬（第426条）。居间人未促成合同成立的，不得要求支付报酬，但可以要求委托人支付从事居间活动支出的必要费用（第427条）。可见，在《合同法》上，居间人并没有为居间行为的义务。居间人不履行义务并不承担违约责任，只丧失报酬和费用请求权。一言以蔽之，居间合同对双方的拘束力不强。

禁止“跳单”约款在商事实践中主要见于二手房买卖与租赁，多表现为“独家委托条款”。它实际上限制了居间合同中的委托人另选择其他居间人的权利，强化了居间合同当事人彼此的义务。有学者从德国法理论指出，独家委托合同可以分为简单独家委托与特别独家委托，前者使委托人放弃了与其他居间人缔约自由；后者则使委托人放弃了直接与他人缔约的自由。独家委托条款使居间人为居间行为成为合同的主给付义务，与委托人附条件的报酬支付义务互为对价，形成双务合同。居间行为义务将适用较高的勤勉、忠实标准，居间人放弃就同一缔约机会为他人提供居间服务的自由。[140] 即，独家委托条款符合《合同法》相关规定时，应为有效。

2.当事人的解除权

对独家委托协议中的委托人能否任意解除合同，有学者持赞成态

度，认为独家委托与非独家委托协议的委托人都有随时解除权。因为居间合同是一种特殊的委托合同，适用委托合同中的任意解除权。立法应明确规定居间合同委托人的单方任意解除权，或者把居间合同规定于委托合同中，以便适用委托合同中关于任意解除权的规定。[141]

3.违反禁止“跳单”约款的法律后果

当事人“跳单”是否应承担责任及承担何种性质的责任，有不同认识。学界多以最高法院的指导案例为出发点，其分析也集中在独家委托协议。

“跳单”当然违反了独家居间合同，在承认独家委托约款效力的前提下，对“跳单”的法律后果有两种解决思路：

一是认为居间人可获得报酬请求权。居间合同中的报酬请求权约款本为附条件约款，“跳单”使条件拟制成就（《合同法》第45条），产生居间人的报酬请求权。如认为，委托人避开居间人直接与对方当事人磋商并缔约，不正当地阻止了居间人报酬请求权，应准用《合同法》第45条第2款，视为居间人收取报酬的条件成就。[142] 或认为最高法院的“指导案例1号”表面上涉及的是违约金请求权，其实质是关于居间人的报酬请求权的纠纷。[143] “跳中介”行为的本质是委托人逃避居间报酬支付义务的行为，故对居间方的救济就应当保护居间报酬请求权，而不应当进行抽象意义的劳务费酌定，也不应从一般违约责任的角度进行处理。[144]

二是认为居间人取得违约损害赔偿请求权。即将“跳单”界定为违约行为。如认为，禁止“跳单”条款是关于客户跳开中介公司的违约责任条款，中介公司履行缔约报告义务后，委托人恶意逃避佣金支付的，应支付相当于佣金的违约金。[145] 或将“跳单”分为不可归责和可归责两种。区分的标准为居间人提供的信息是否系独家信息。若是，委托人即不可免责；否则，委托人就可免责。在不可归责的“跳单”中，居间人没有报酬请求权，但可请求赔偿居间费用。在可归责的“跳单”中，委托人应对居间人承担赔偿责任，包括可得利益的赔偿。[146]

亦有学者持折中态度，将“跳单”行为作类型化处理：①委托人与第三人私下缔约，该缔约机会系由居间人促成；②委托人与第三人私下缔约，该缔约机会不是居间人所促成；③委托人另行委托其他居间人并经其促成缔约；④委托人另行委托其他居间人，但未促成缔约。委托人与第三人私下缔约，该缔约机会系由居间人促成的，居间人依《合同法》第426条享有报酬请求权；在其他情形，居间人依《合同法》第427条享有必要费用返还请求权，如必要费用不能填补实际损

失，可按实际损失主张违约金支付请求权。[147]

（二）多人居间行为共同原因性

按传统理论，数居间人受同一委托人委托时，在报告居间，由最先报告相对人并使其缔约的居间人获得报酬；在媒介居间，如合同成立可归功于居间人的，其他居间人无请求权。[148] 有争议的是，在媒介居间场合，不能确定到底是哪个居间人对委托人与相对人交易的达成起决定性作用时，如何确定居间报酬的权利人？

对此，有学者认为：①委托人以数居间人为一整体的，各居间人平均分配该报酬；②委托人对各居间人分别委托同一事项，居间人也独立从事居间活动的，居间人各得请求报酬；③各居间人就同一事项分别受同一委托人的委托，但在为居间行为时，各居间人相互结合，为共同的媒介，则各居间人只能共同接受报酬。[149] 或认为，应借鉴德国法成熟的判例学说，分别考察多人报告、媒介居间、报告居间和媒介居间杂糅时，多人居间行为的共同原因性的认定及其相互影响。主张重点是确定如下因素："先知"在不同情形对中断原因性的不同意义；一次报酬支付义务和多次支付义务的配置标准；平衡委托人决定自由与居间人的报酬请求权。[150]

（三）《合同法》第425条解释论

《合同法》第425条规定："居间人应当就有关订立合同的事项向委托人如实报告。居间人故意隐瞒与订立合同有关的重要事实或者提供虚假情况，损害委托人利益的，不得要求支付报酬并应当承担损害赔偿责任。"本条确定了居间人的忠实义务。

有学者从居间合同与雇佣、承揽、保管、委托、行纪等合同的区别出发，认为居间合同规则有两个特殊性：一为委托人给付义务的附条件性，二为居间报酬请求权的不确定性。《合同法》对居间合同的规定暗含了这样一个理论预设：居间合同中的道德风险问题纯粹源于居间人滥用居间身份、不当履行居间事务。然而，居间合同的道德风险是双向的，委托人并无与第三人的缔约义务，居间人的报酬请求权始终处于不确定的状态，委托人的机会主义倾向毫不亚于居间人。为平衡居间合同当事人的权利义务，应对《合同法》第425条予以目的性扩张解释，让委托人在拒绝缔约时负担必要的告知义务，在法律上减弱委托人的机会主义冲动。[151]

三　新类型合同

对新类型的合同，民商法学者研究较多。兹以两例说明，管中窥豹，略见合同法学对新类型合同研究的风格与成果。

（一）旅游合同

旅游合同是实践中最常见的无名合同类型之一，但《合同法》未设明文，最高法院专门颁行了《旅游合同司法解释》以解决旅游合同的法律适用问题。在该司法解释颁行前，学界的讨论主要集中在如下两方面。

1.旅游合同的性质

旅游合同通常为包价旅游合同。有学者指出，旅游产品具有综合性，通常包括食、住、行、游、购、娱等“六要素”。国内关于旅游合同性质存在委托合同说、行纪合同说、居间合同说、承揽合同说、无名合同说、服务合同说、混合合同说等观点，其中，持承揽合同说与混合合同说者居多。这种讨论虽有积极意义，但仅囿于合同性质的探讨，局限性亦相当明显，不如寻求如何确定旅游合同当事人权利义务的方法。如以当事人的意思及合同内容为原点，辅之以典型合同之外的、规制旅游合同的具体法规或债务不履行的总则规范，来探求具体的权利义务。[152]

2.精神损害赔偿

关于旅游合同违约损害赔偿应包括精神损害的议论由来已久。代表性的观点认为，旅游合同是一种典型的追求精神享受利益的“目的合同”。违反旅游合同不仅给旅游者造成时间损失，还会使旅游者享受旅游乐趣的精神利益落空。正是因为旅游本身具有精神价值，旅游者在主张时间浪费损害赔偿请求权时，应有权主张违约精神损害赔偿请求权，但因不可抗力或意外事件造成的例外。此外，应适当限制赔偿总额，以平衡旅游者和旅游经营者之间的利益。[153] 或援引德国的“非财产损害的商业化”理论，认为可以用金钱购买的享受娱乐、舒适、方便等利益都具有财产价值，被害人得请求金钱赔偿，包括精神损害赔偿。[154]

另有学者明确归纳了旅游合同产生精神损害赔偿的情形：一是旅行社不完全给付造成旅客人格权受损的；二是旅行社不完全履行义务没有造成旅客的法定人格权受损，但导致合同目的严重不达的。[155] 梁慧星研究员主持起草的《中国民法典草案建议稿》第1410条进一步作了明确界定：“在以下情形，使游客人身、自由、人格遭受损害及时间浪费的，可以向旅行社主张精神损害赔偿：（一）因旅行社的原因导致游客遭受人身伤害的；（二）因旅行社办理出入境手续有瑕疵导致游客不能出入境或者被羁押、扣留、遣返的；（三）因运输、住

宿、餐饮等有瑕疵导致严重损害游客健康的。”[156]

《旅游合同司法解释》第21条则明文规定：“旅游者提起违约之诉，主张精神损害赔偿的，人民法院应告知其变更为侵权之诉；旅游者仍坚持提起违约之诉的，对于其精神损害赔偿的主张，人民法院不予支持。”

（二）场外金融衍生交易合同

金融衍生交易是虚拟经济世界最盛行的交易之一，也曾令我国诸多企业在此交易中折戟沉沙。虽然商法学界对此研究较多，但场外衍生交易规则与传统民商法之间的冲突，学界着墨较少。有学者认为，市场公认的四种最基本的衍生工具——远期、期货、期权、互换，本质上都是合同，类似于传统的买卖或互易合同。其特征是“当前订约、未来履行”。这不仅意味着订约与履约时间上的分离，而且意味合同的功能发生了根本性改变：从旨在促进交易的一纸法律文书变身为具有可交易性的金融商品。衍生品合约不仅设定权利义务，更直接产生盈亏。合约的可计价性便利了合约转让，并使衍生品合约转化为金融商品。此外，衍生品合约意味着当事人之间的“对赌”，因为合约双方在订约时对于标的物（基础资产）未来价格走势的预期完全相反，形成了买方与卖方、多头与空头两种对立状态。衍生品交易的法律构筑应以“合同”为中心，同时容纳从合同效力、履行、缔约到信息披露、监管等一系列问题。[157]

四　评论

在《合同法》规定的15种有名合同中，学界对技术合同、运输合同、保管合同、仓储合同、行纪合同等研究不多。研究较多的合同主要是理论色彩较浓厚，尤其是与合同法学总论密切的合同类型。新型合同的研究主要集中在旅游合同上。这种研究状况可归结合同法学研究对建构理论体系的渴求。但亦有学者关注新型合同尤其是服务合同，如承揽运送、特许经营合同研究、保理合同研究、信用卡合同等。[158]　毋庸置疑，对新型合同的研究，往往没有理论材料可依凭，对研究者的观察能力、理论抽象能力与分析能力的要求都高。更重要的是，它需要研究者走出书斋，置身于真实的交易中观察。这也是分则研究薄弱的重要原因。兹就非典型合同提出两点浅见。

1.非典型合同与典型合同

学界对非典型合同研究，通常首先是定性，即检视它最接近哪一种典型合同；其次是用该种典型合同的规范分析非典型合同，并解释

其交易结构的独特性，进而设计其法律规则。事实上，依契约自由原则，当事人本可自由约定交易内容，非典型合同最初往往也是个别商人对交易结构的创新，之后为其他人大量复制，遂成为实践中的常见合同。它们或者具有全新的内容，或者是典型合同的变体，若用典型合同的规范去剪裁，难免削足适履，甚至错失有名合同化的良机。因此，研究非典型合同时，未必强要将其归入某类典型合同，而应更关注其特性。

此外，除了关注非典型合同外，当事人在典型合同中约定的特殊约款，也可能孕育制度创新的契机，往往也是学者难以推演出来的。

2.商事交易中的非典型合同

正如坊间流行语所云，现代经济是虚拟经济。这在一定程度上意味着虚拟经济取代了实体经济，成为财富的核心来源。人类社会财富的中心，经历了畜牧业—农业—工业—商业的转变，目前可能正在经历虚拟经济的转型。无论我们是否乐见，传统上并不创造财富的金融业正在衍生大量的财富。

《合同法》不区分民事合同与商事合同，民法学和商法学研究却基本上是分离的。这导致了民法学者并不关注商事实践。然而非典型合同的主流还是商事合同。它大致可以分为两类：一是因特定环境诞生的商事合同（在我国主要是为了规避各种监管政策），如红筹上市中涌现的“VIE”模式（“协议控制”模式）等。尽管这类合同也有诸多创新，[159] 但毕竟为时势产物，几乎不可能上升为典型合同，学界可不关注。一是特定领域的新型商事合同，如各种衍生品合约。这类合约对传统民法理论的挑战极大，如“对赌协议”到底是投机，还是一种赌博？委托理财合同中的保底条款约定是否显失公平？这类合约定型化程度高，涉及面广，且与特定的社会环境关系不大，值得深入研究。

---

[1] 参见高圣平、乐沸涛《融资租赁登记与租赁物取回权》，当代中国出版社2007年版，第1页。

[2] 参见王利明、房绍坤、王轶《合同法》（第3版），中国人民大学出版社2009年版，第437页；崔建远：《合同法》，北京大学出版社2012年版，第479页。

[3] 参见张钦昱《论融资租赁中的破产》，《政法论坛》2013年第5期。

[4] 参见程卫东《国际融资租赁法律问题研究》，法律出版社2002年版，第5页。

[5] 参见张钦昱《论融资租赁中的破产》，《政法论坛》2013年第5期。

[6] 参见金海《判定融资租赁法律性质的经济实质分析法——以承租人破产时租赁物归

属为例》，《华东政法大学学报》2013年第2期。

[7] 张钦昱：《论融资租赁中的破产》，《政法论坛》2013年第5期。

[8] 参见金建忠《融资租赁中租赁物的范围》，《法学》2012年第7期。

[9] 参见王利明《合同法研究》（第3卷），中国人民大学出版社2012年版，第349页以下。

[10] 参见崔建远《合同法》（第5版）法律出版社2010年版，第437页。

[11] 参见陈小君主编《合同法学》高等教育出版社2004年版，第329页；王利明：《合同法研究》（第3卷），中国人民大学出版社2012年版，第346页；崔建远：《合同法》，北京大学出版社2012年版，第480页。

[12] 参见高圣平、王思源《融资租赁交易的法律构造》，《法律科学》2013年第1期。

[13] 参见郭振《论融资租赁中买卖合同和租赁合同的关系》，《山东大学法律评论》2003年第1期。

[14] 参见徐显明、张炳生、任小明《融资租赁合同概念的比较法厘定》，《浙江学刊》2007年第2期。

[15] 参见高圣平、王思源《融资租赁交易的法律构造》，《法律科学》2013年第1期。

[16] 参见高圣平《融资租赁登记制度研究》，《金陵法律评论》2006年秋季卷；高圣平、王思源：《融资租赁交易的法律构造》，《法律科学》2013年第1期。

[17] 参见胡晓媛《融资租赁出租人风险承担及其控制》，《法学》2011年第1期。

[18] 如姬新江、李利《论融资租赁合同中承租人的索赔权》，《当代法学》2005年第6期。

[19] 参见郭振《论融资租赁中买卖合同和租赁合同的关系》，《山东大学法律评论》2003年第1期。

[20] 参见王利明《合同法研究》（第3卷），中国人民大学出版社2012年，第380页；胡晓媛：《融资租赁出租人风险承担及其控制》，《法学》2011年第1期。

[21] 参见郭振《论融资租赁中买卖合同和租赁合同的关系》，《山东大学法律评论》2003年第1期。

[22] 参见王利明、王轶、房绍坤《合同法》，中国人民大学出版社2009年版，第354页。

[23] 参见王利明《合同法研究》（第3卷），中国人民大学出版社2012年，第368页以下。

[24] 参见高圣平《我国“融资租赁立法”模式研究——兼及我国部门法的立法技术》，《南都学坛》（人文社会科学学报）2009年第5期。

[25] 金海：《判定融资租赁法律性质的经济实质分析法——以承租人破产时租赁物归属为例》，《华东政法大学学报》2013年第2期。

[26] 参见《财政部、国家税务总局关于在全国开展交通运输业和部分现代服务业营业税改征增值税试点税收政策的通知》（财税［2013］37号）。

[27] 参见《关于融资性售后回租业务中承租方出售资产行为有关税收问题的公告》（国家税务总局公告2010年第13号）。

[28] 参见崔建远《合同法》，北京大学出版社2012年版，第512页。

[29] 参见金可为《建设工程施工合同效力与工程质量对工程款结算的影响》，《人民司法》2008年第3期。

[30] 参见金可为《建设工程施工合同效力与工程质量对工程款结算的影响》，《人民司法》2008年第3期。

[31] 参见翁生荣、钱蓉、吴奕《合同无效时，承包人或实际施工人是否能取得工程价款优先受偿权》，《人民司法案例》2012年第18期。

[32] 参见孙科峰、杨遂全《建设工程优先受偿权主体的争议与探究——〈合同法〉第286条之分析》，《河北法学》2013年第6期。

[33] 此处综合了马永龙、李燕《建筑工程款优先受偿权法律适用问题探析——从担保法的视角出发》，《现代法学》2003年第6期；张东旺、孟宪东：《论建设工程优先权》，《法学论坛》2001年第3期。

[34] 参见徐伟、黄喆、沈杰《工程承包合同变更的限制》，《东南大学学报》（哲学社会科学版）2012年第3期。

[35] 参见黄喆《建设工程合同发包人单方变更权的合理限度——以德国建筑私法相关规定为借鉴》，《政治与法律》2012年第11期。

[36] 参见徐伟、黄喆、沈杰《工程承包合同变更的限制》，《东南大学学报》（哲学社会科学版）2012年第3期。

[37] 江平主编：《中华人民共和国合同法精解》，中国政法大学出版社1999年版，第223页。

[38] 参见李晓春《建设工程适用留置权制度之立法思考》，《政治与法律》2006年第4期。

[39] 参见王全弟、丁洁《物权法应确立优先权制度——围绕合同法第286条之争议》，《法学》2001年第4期。

[40] 参见梁慧星《合同法第二百八十六条的权利性质及其适用》，《山西大学学报》（哲学社会科学版）2001年第3期。

[41] 参见余能斌、范中超《论法定抵押权——对〈合同法〉第286条之解释》，《法学评论》2002年第1期；张学文：《建设工程承包人优先受偿权若干问题探讨》，《法商研究》2000年第3期；王一兵：《论建筑工程承包人的法定抵押权》，《当代法学》2002年第11期。

[42] 参见李晓春《建设工程适用留置权制度之立法思考》，《政治与法律》2006年第4期。

[43] 参见彭诚信《合同法第二百八十六条的权利定性》，《人民法院报》2002年7月26日；夏凤英：《论建设工程承包人优先受偿权的性质》，《河北法学》2001年第3期。

[44] 参见王利明《合同法研究》（第3卷），中国人民大学出版社2012年版，第491页。

[45] 参见王建东《评〈合同法〉第286条》，《中国法学》2003年第2期。

[46] 参见彭诚信《合同法第二百八十六条的权利定性》，《人民法院报》2002年7 月26日。

[47] 参见夏凤英《论建设工程承包人优先受偿权的性质》，《河北法学》2001年第3期；余能斌、范中超：《论法定抵押权——对〈合同法〉第286条之解释》，《法学评论》2002年第1期。

[48] 参见张学文《建设工程承包人优先受偿权若干问题探讨》，《法商研究》2000年第3期。

[49] 参见梁慧星《合同法第二百八十六条的权利性质及其适用》，《山西大学学报》（哲学社会科学版）2001年第3期。

[50] 参见郑仁荣《商品房开发与买卖中的若干权利研究——兼评合同法286条批复》，《福建政法管理干部学院学报》2006年第3期。

[51] 参见王利明《合同法研究》（第3卷），中国人民大学出版社2012年版，第497页。

[52] 参见梁慧星《合同法第二百八十六条的权利性质及其适用》，《山西大学学报》（哲学社会科学版）2001年第3期。

[53] 参见郑岩、邢志丽《试析建设工程优先受偿权的构成条件》，《辽宁司法管理干部学院学报》2004年第3期。

[54] 参见夏凤英《论建设工程承包人优先受偿权的性质》，《河北法学》2001年第3期。

[55] 参见王鹏鹏《建设工程价款优先受偿权争议及制度重建》，《上海商学院学报》2012年第6期。

[56] 参见孙科峰、杨遂全《建设工程优先受偿权主体的争议与探究——〈合同法〉第286条之分析》，《河北法学》2013年第6期。

[57] 参见梁慧星《合同法第二百八十六条的权利性质及其适用》，《山西大学学报》（哲学社会科学版）2001年第3期。

[58] 参见蒋子翘《建设工程款优先受偿权研究》，《上海政法学院学报》2012年第2期。

[59] 参见孙科峰、杨遂全《建设工程优先受偿权主体的争议与探究——〈合同法〉第

286条之分析》，《河北法学》2013年第6期。

[60] 参见张学文《建设工程承包人优先受偿权若干问题探讨》，《法商研究》2000年第3期。

[61] 参见余能斌、范中超《论法定抵押权——对〈合同法〉第286条之解释》，《法学评论》2002年第1期。

[62] 参见梁慧星《〈合同法〉第二百八十六条的权利性质及其适用》，《山西大学学报》（哲学社会科学版）2001年第3期。

[63] 参见王建东《评〈合同法〉第286条》，《中国法学》2003年第2期。

[64] 参见李晓春《建设工程适用留置权制度之立法思考》，《政治与法律》2006年第4期。

[65] 参见王建东《评〈合同法〉第286条》，《中国法学》2003年第2期。

[66] 参见蒋子翘《建设工程款优先受偿权研究》，《上海政法学院学报》2012年第2期。

[67] 参见王建东《评〈合同法〉第286条》，《中国法学》2003年第2期。

[68] 参见戴佛明、刘佐《建筑工程价款优先受偿权若干问题探讨——兼论建设工程款优先受偿权问题的批复》，《法律适用》2003年第6期。

[69] 参见梁慧星《〈合同法〉第二百八十六条的权利性质及其适用》，《山西大学学报》（哲学社会科学版）2001年第3期。

[70] 参见余能斌、范中超《论法定抵押权——对〈合同法〉第286条之解释》，《法学评论》2002年第1期。

[71] 参见张学文《建设工程承包人优先受偿权若干问题探讨》，《法商研究》2000年第3期。

[72] 参见郑仁荣《商品房开发与买卖中的若干权利研究——兼评〈合同法〉286条批复》，《福建政法管理干部学院学报》2006年第3期。

[73] 参见梁慧星《合同法第二百八十六条的权利性质及其适用》，《山西大学学报》（哲学社会科学版）2001年第3期。

[74] 参见张学文《建设工程承包人优先受偿权若干问题探讨》，《法商研究》2000年第3期。

[75] 参见王利明《合同法研究》（第3卷），中国人民大学出版社2012年，第496页。

[76] 参见汪世虎、陈政《论我国〈合同法〉第二百八十六条在破产案件中的适用》，《广西社会科学》2012年第7期。

[77] Wm. R. Clarke Corporation v. Safeco Insurance Company of America（1997）15 Cal.4th 882.

[78] 参见崔建远主编《合同法》（第5版），法律出版社2010年版，第515页；王利

明、房绍坤、王轶：《合同法》（第3版），中国人民大学出版社2009年版，第431页。

[79] 参见徐海燕著《英美代理法研究》，法律出版社2000年版，第78页。

[80] 参见杜颖《解读〈中华人民共和国合同法〉第402条和第403条》，《中外法学》2007年第6期。

[81] 参见雷裕春《关于完善我国合同法商事代理制度的思考——以〈合同法〉第402条、第403条为视角》，《广西政法管理干部学院学报》2008年第3期。

[82] 参见尹田《民事代理之显名主义及其发展》，《清华法学》2010年第4期。

[83] 参见张平华、刘耀东《间接代理制度研究——以〈合同法〉第402条与第403条为中心》，《北方法学》2009年第4期；杜颖：《解读〈中华人民共和国合同法〉第402条和第403条》，《中外法学》2007年第6期。

[84] 参见王利明《合同法研究》（第3卷），中国人民大学出版社2012年，第727页。

[85] 参见王利明《合同法研究》（第3卷），中国人民大学出版社2012年，第728页；张平华、刘耀东：《间接代理制度研究——以〈合同法〉第402条与第403条为中心》，《北方法学》2009年第4期。

[86] 参见杜颖《解读〈中华人民共和国合同法〉第402条和第403条》，《中外法学》2007年第6期。

[87] 参见尹飞《代理：体系整合与概念梳理——以公开原则为中心》，《法学家》2011年第2期。

[88] 参见高富平、王连国《委托合同·行纪合同·居间合同》，中国法制出版社1999年版，第294页。

[89] 参见崔建远主编《合同法》（第5版），法律出版社2010年版，第515页。

[90] 参见王利明《合同法研究》（第3卷），中国人民大学出版社2012年，第730页。

[91] 参见张平华、刘耀东《间接代理制度研究——以〈合同法〉第402条与第403条为中心》，《北方法学》2009年第4期。

[92] 参见徐涤宇《间接代理制度对仲裁条款的适用》，《法学研究》2009年第1期。

[93] 参见杜颖《解读〈中华人民共和国合同法〉第402条和第403条》，《中外法学》2007年第6期。

[94] 参见方新军《对我国合同法第402、403条的评说——关于两大法系代理理论差异的再思考》，《北大法律评论》第4卷第2辑。

[95] 参见杜颖《解读〈中华人民共和国合同法〉第402条和第403条》，《中外法学》2007年第6期。

[96] 参见尹飞《代理：体系整合与概念梳理——以公开原则为中心》，《法学家》2011年第2期。

[97] 参见尹田《民事代理之显名主义及其发展》，《清华法学》2010年第4期。

[98] 参见雷裕春《关于完善我国合同法商事代理制度的思考——以〈合同法〉第402条、第403条为视角》，《广西政法管理干部学院学报》2008年第3期。

[99] 尹飞：《代理：体系整合与概念梳理——以公开原则为中心》，《法学家》2011年第2期。

[100] 徐海燕：《从两大法系间接代理制度的融合趋势谈我国代理立法的完善》，载沈四宝主编《国际商法论丛》（第5卷）法律出版社2003年版。

[101] 参见雷裕春《关于完善我国合同法商事代理制度的思考——以〈合同法〉第402条、第403条为视角》，《广西政法管理干部学院学报》2008年第3期。

[102] 程信和、郭彦雄：《〈合同法〉中委托人介入权制度和第三人选择权制度的不足及完善——兼论对〈合同法〉第403条的修改》，《天津市政法管理干部学院学报》2003年第1期。

[103] 参见何志《合同法分则判解研究与适用》，人民法院出版社2002年版，第614页。

[104] 参见吕巧珍《委托合同中任意解除权的限制》，《法学》2006年第9期。

[105] 参见崔建远、龙俊《委托合同的任意解除权及其限制——“上海盘起诉盘起工业案”判决的评释》，《法学研究》2008年第6期。

[106] 参见王利明《合同法研究》（第3卷），中国人民大学出版社2012年，第741页；吕巧珍：《委托合同中任意解除权的限制》，《法学》2006年第9期。

[107] 参见崔建远、龙俊《委托合同的任意解除权及其限制——“上海盘起诉盘起工业案”判决的评释》，《法学研究》2008年第6期。

[108] 参见李永军、易军《合同法》，中国法制出版社2009年版，第593页；王利明：《合同法研究》（第3卷），中国人民大学出版社2012年，第742页。

[109] 参见马忠法、冯凯《委托合同任意解除的赔偿责任》，《东方法学》2009年第3期。

[110] 参见周峰、李兴《房屋买卖居间合同纠纷中“跳中介”现象的法律问题研究》，《法律适用》2011年第10期。

[111] 参见崔建远、龙俊《委托合同的任意解除权及其限制——“上海盘起诉盘起工业案”判决的评释》，《法学研究》2008年第6期。

[112] 参见马忠法、冯凯《委托合同任意解除的赔偿责任》，《东方法学》2009年第3期。

[113] 参见［英］施米托夫《国际贸易法文选》，赵秀文译，中国大百科全书出版社1993年版，第371页以下。

[114] 参见李锡鹤《两大法系代理之法理根据比较》，《华东政法学院学报》2004年第S期。

[115] 参见高富平《代理概念及其立法的比较研究》，《比较法研究》1997年第2 期；徐海燕：《英美代理法研究》，法律出版社2000年版，第77页。

[116] 参见徐涤宇《间接代理制度对仲裁条款的适用》，《法学研究》2009年第1期。

[117] 参见方新军《对我国合同法第402、403条的评说——关于两大法系代理理论差异的再思考》，《北大法律评论》第4卷第2辑。

[118] 参见张谷《商法，这只寄居蟹——兼论商法的独立性及其特点》，《东方法学》2006年第1期。

[119] 参见王利明《合同法研究》（第3卷），中国人民大学出版社2012年版，第411页。

[120] 参见崔建远《承揽合同四论》，《河南省政法管理干部学院学报》，2010年第2期。

[121] 参见王利明、房绍坤、王轶《合同法》（第3版），中国人民大学出版社2009年版，第362页。

[122] 参见郭洁《承揽合同若干法律问题研究》，《政法论坛》2000年第6期。

[123] 参见佟欣秋《承揽合同与买卖合同的性质辨析》，《辽宁师范大学学报》（社会科学版）2010年第3期。

[124] 参见崔建远《承揽合同四论》，《河南省政法管理干部学院学报》2010年第2期。

[125] 参见郭洁《承揽合同若干法律问题研究》，《政法论坛》2000年第6期。

[126] 参见崔建远《承揽合同四论》，《河南省政法管理干部学院学报》2010年第2期。

[127] 参见王利明、房绍坤、王轶《合同法》（第3版），中国人民大学出版社2009年版，第368页。

[128] 参见郭洁《承揽合同若干法律问题研究》，《政法论坛》2000年第6期。

[129] 参见李永军、易军《合同法》，中国法制出版社2009年版，第559页；王利明：《合同法研究》（第3卷），中国人民大学出版社2012年版，第433页。

[130] 参见崔建远主编《合同法》（第5版），法律出版社2010年版，第451页。

[131] 同上书；王利明：《合同法研究》（第3卷），中国人民大学出版社2012年版，第435页。

[132] 王利明：《合同法研究》（第3卷），中国人民大学出版社2012年版，第442页。

[133] 李永军、易军：《合同法》，中国法制出版社2009年版，第550页。

[134] 参见宁红丽《论承揽人瑕疵责任的构成》，《法学》2013年第9期。

[135] 参见崔建远《合同法》，北京大学出版社2012年版，第500页。

[136] 参见王利明《合同法研究》（第3卷），中国人民大学出版社2012年版，第442页。

[137] 参见崔建远《合同法》，北京大学出版社2012年版，第500页。

[138] 参见宁红丽《论承揽人瑕疵责任的构成》，《法学》，2013年第9期。

[139] 参见《中华人民共和国最高人民法院公报》2012年第2期。

[140] 参见汤文平《从“跳单”违约到居间报酬——“指导案例1号”评释》，《法学家》2012年第6期。

[141] 参见隋彭生《居间合同委托人的任意解除权及“跳单”——以最高人民法院“指导案例1号”为例》，《江淮论坛》2012年第4期。

[142] 参见周晓晨《论房地产居间的法律规制》，《中州学刊》2010年第3期。

[143] 参见孙维飞《居间人的违约金请求权——最高人民法院公布的1号指导案例评析》，载黄卉主编《福鼎法律评论》，法律出版社2012年版。

[144] 参见周峰、李兴《房屋买卖居间合同纠纷中“跳中介”现象的法律问题研究》，《法律适用》2011年第10期。

[145] 参见张宁《房屋买卖居间合同中规避“跳单”条款的效力和“跳单”行为的认定》，《法律适用》2010年第8期。

[146] 参见隋彭生《居间合同委托人的任意解除权及“跳单”——以最高人民法院“指导案例1号”为例》，《江淮论坛》2012年第4期。

[147] 参见税兵《居间合同中的双边道德风险——以“跳单”现象为例》，《法学》2011年第11期。

[148] 参见崔建远主编《合同法》（第5版），法律出版社2010年版，第528页；隋彭生：《居间合同委托人的任意解除权及“跳单”——以最高人民法院“指导案例1号”为例》，《江淮论坛》2012年第4期。

[149] 参见崔建远主编《合同法》（第5版），法律出版社2010年版，第528页。

[150] 参见汤文平《多人居间行为共同原因性研究从“指导案例1号”切入》，《政治与法律》2012年第12期。

[151] 参见税兵《居间合同中的双边道德风险——以“跳单”现象为例》，《法学》2011年第11期。

[152] 参见周江洪《旅游合同性质决定之局限性探讨——以日本的学说及裁判实践为例》，《旅游学刊》2009年第11期。

[153] 参见胡玉浪《时间浪费与损害赔偿——以旅游合同为例》，《旅游学刊》2011年第7期。

[154] 参见王立争《应建立违反旅游合同的精神损害赔偿制度》，《旅游学刊》2011

年第3期。

[155] 参见易军、宁红丽《合同法分则制度研究》人民法院出版社2003年版，第493页。

[156] 梁慧星：《中国民法典草案建议稿》，法律出版社2003年版，第274页。

[157] 参见刘燕楼、楼建波《金融衍生交易的法律解释——以合同为中心》，《法学研究》2012年第1期。

[158] 参见方新军《现代社会中的新合同研究》，中国人民大学出版社2005年版。

[159] 如按传统思路，甲公司要取得乙公司的控制权，唯股权并购一途，但协议控制模式使甲公司通过各种合同关系来转移乙公司的利润，并获得乙公司的控制权。

第十三章　合同法学的展望与期盼

一　合同法学的核心任务：形成通说

（一）通说的意义

1.什么是通说

正如本书第一章所陈，我国合同法学研究最大的缺失与遗憾是对诸多问题均没有形成通说。“通说”并非法学概念，而系知识社会学的用语。通说无非某个学科达成共识、共同分享、从业者通常不会反思的知识体系。就民法学而言，通说的内容多涉及某个具体问题的理论解决方案，亦包括对某一法律问题的定性（如优先购买权的性质），其核心内容是法律规则的构成要件与法律效力。

与通说相关的概念是法教义学。法教义学“是以法律自身的原则、规则、概念等基本要素制定、编纂和发展法律以及通过适当的解释规则阐释和适用法律的做法和要求。”[1]　法教义学与通说的区别在于如下几方面：

其一，法教义学包括了法学方法（如演绎、法律推理、类推适用等）、学科基本概念、原理与普遍规则，而通说仅包括与法律适用有关的理论，是对具体案件的回应，并不包括法学方法论与概念等法教义学的最小研究单位。可见，法教义学的范围比通说范围大。

其二，法教义学仅仅提供了用于法学演绎与推理的基本素材，或者说，它仅仅提供一个学科共享的底线的知识基础，并不对全部现实问题与理论问题提供法学答案。正是因为法教义学提供的知识基础具有无限可衍生性，民法学才会出现各种观点，学者的见解也才有不同。基于同样的法教义学素材，不同学者完全可能推演出不同结论。通说则是学界适用法教义学时达成的共识。就法律适用而言，通说的意义在于为实务问题提供有效的、通用的理论解决方案。在某种意义上，通说无非对法律规范所作的词典般的解释，或者说是法律的详细版本，毕竟法律以简明为要，不可能如教科书那般周全无隙，更不可能将现实问题全部纳入。

2.通说的意义

《合同法》要从“纸面上的法律”变为“行动中的法律”，离不开民

法解释学。[2] 在“宜粗不宜细”的立法理念支配下，我国民法规范往往相当简单，缺乏对责任的性质、具体构成要件、赔偿范围等内容的规定，不完全法条众多。在这种情形，法律的适用尤其需要民法解释学的支撑。但民法解释学歧见纷呈，观点林立，可能不仅无助于法律适用，反而徒增混乱，戕害法制的统一性，其状况庶几类于无法制。

部门法学之所以存在，很大程度上是因为与自然科学不同，法学无法依据元规则、公理与定理无限演绎出确定性规则。部门法学即使确认了正义理念、诚实信用原则、公序良俗原则，也不可能一劳永逸地解决所有问题。即使确立了更细致的规则，如违约解除、情势变更等制度的构成要件及其法律效果，在适用于现实生活中的具体情境时，也会言人人殊，莫衷一是。法律与法学虽然以人类社会最典型的行为与现象为模本，但人的能动性永远会对法律与法学提出新问题，使其捉襟见肘，疲于应付。正因为此，霍姆斯才警醒法律人当心“确定性的幻觉”。

法学与法律的双重不确定性凸显了通说的意义。通说最重要的功能是消灭不确定性带来的不安定感和焦灼感。人类的有限性之一，就是人无法忍受不确定性。德国法儒、概念法学宗师耶林的亲历最能说明法学家面对不确定性的种种负面反应： 1858年的冬天，一艘船被一物二卖，耶林出具了专家意见书，沿袭了《学说汇纂》中保罗的观点：一个奴隶被出卖两次，奴隶在交付前死亡，风险应由买受人承担，出卖人有权同时要求两位买受人各自支付其价款（D.18，4，21）。在1859年的论文《买卖合同风险理论》中，他陈述了在作意见时候彷徨、犹疑与不安带来的痛苦：“涉案利害当事人要适用我的观点时，我整个心灵包括我的法感情和法律理解，都反对我的意见，但是，我好几个星期都找不到解决办法，来安抚我的法律良知。”[3]

无独有偶，卡多佐法官的夫子自道，更似耶林心迹的空谷回音：

> 在我担任法官的第一年，我发现在我启航远行的大海上没有任何船迹，为此我一直很烦恼，因为我寻找的是确定性。当我发现这种追求徒劳无益的时候，我感到压抑和沮丧。我试图到达陆地，到达有固定且确定规则的坚实的陆地，达到那个正义的乐园。[4]

正如亚里士多德和维特根斯坦所说，哲学源于好奇。但好奇的背后其实充满了人对不确定的事物的恐惧，绝非简单的求知欲望与“求真意志”（福柯语）。无论是对自然界还是对社会，个体若不了解其运行的机理与规律，都会陷入深深的恐惧。与其他有关人类行为与人类社会的知识（如经济学和社会学）相比，法学最大的特征在于，它会被直接用于解决现实社会问题，直接决定当事人在特定案件中的成败。换言之，它不是一种主张，而是一种随时可能被运用的理论资

源。法学家的某一观点被用于实践，将决定当事人在诉讼中的命运，若其观点不当，而判决木已成舟，对追求公正与善良的法学家的良知冲击，绝不会亚于耶林的感受：尽管法学家追求的是真理，但其言论的后果，完全可能使其“无辜负疚”。这个永恒的伦理难题，法学家不得不察。通说的意义恰好在于，它以共识的方式化解了法学家个体的良知责任。由此可以理解最高法院的若干司法解释在解释“相应的过错责任”时，为追求普遍法制与抽象正义，往往规定一个明确的数量标准，如《关于适用〈中华人民共和国担保法〉若干问题的解释》第8条规定，主合同有效而担保合同无效，债权人、担保人有过错的，担保人承担民事责任的部分，不应超过债务人不能清偿部分的二分之一。又如《合同法司法解释二》将违约金过高界定为通常系违约金超过实际损害的30%。

（二）如何形成通说

真正的难题是如何形成通说。从知识社会学角度看，通说的形成与学术权力、学者声望、学术网络资源关系密切，这是无法讨论的问题。单从研究上看，通说形成端赖如下两个因素：

1.学术共同体的形成

学术共同体形成的前提是，法学作为一门独立学科有自己独立的概念系统、价值共识、基本规则与论证规范。一个国家若没有法教义学的共同材料，且法教义学枝蔓繁多，德国法教义学、日本法教义学、法国法教义学等并存，概念系统不统一，论证方法多元，指望通说的形成，无疑望梅画饼。面对国内法教义学纷繁杂多的情形，有学者甚至感慨：“我们呼唤的不应是通说，而更应是法律教义学，更应该重视法律人最基本的教义学训练和论证。”[5] 法教义学不仅使学者分享共同的方法论和理论素材，强迫学术研究在既定的模式中进行，遏制天马行空的创新冲动，还可以使研究成果可以讨论与辨析。正如有学者指出，民法学研究应依照法律规范的内在逻辑和体系要求解释，在争议事实有多个可供选择的法律规则时，为裁判者提供可言说、可交流、可检验的规则选择与法律论证机制。尊重体系与逻辑是法教义学的基本特征，而形式推理是法教义学的基本方法。[6]

人文科学与社会科学学术共同体尤其是法学共同体的养成，最重要的环节是形成学术共同体；而法学共同体的形成，最难的是价值共识。因为在用法学规则处理纷繁复杂的社会现实时，若依据法教义学演绎推理无法得出符合逻辑的、可靠的结论时，价值权衡则是不二法门。所以，关键的问题在于如何达成价值共识？尤其值得考虑的是如下两个问题：

其一，法教义学纳入价值的限度

尽管直到今天，法律人还在试图将法律变成数学，但毫无疑问，法教义学不是数学，无法得出如数学一般整齐与统一的结论。在法学中，解释论、法教义学、分析法学、概念法学等，无论以何种名称出现，其目的无非表明法学具有强烈的稳定性和可重复性。但是，即便将最可靠的通说适用于个案时，法官对案件的第一反应往往也是价值权衡，然后才选择恰当的通说解决案件。正如星野英一教授指出：

> 假设在判决中不论述一切价值判断命题，只是认定事实和依据法规进行三段论推理而得出结论，至少也有以下的最低限度，即判决的结果必定是以一定的方法，在一定程度上保护某一利益，在一定程度上排斥其他利益，以一定的方法在一定程度上实现某一价值、在一定程度上排斥其他价值……即使是学者所作的法的解释，在主张某一法规应该这样解释的时候，对其根据的意识、论述，即使完全是语言上乃至逻辑上的，而客观上还是在一定程度上以一定的方法保护、实现某一利益、价值。[7]

任何法官在接触民事案件时，第一反应或许不是专业直觉，如法教义学、法律规范和通说，而是作为社会一分子的基本公正感。此后才基于朴素的公正反应分析案情，强化或改变自己最初的感性认知，进而选择符合规范的法律或通说。对司法过程的这种描述，或许被讥为过于后现代，其实多少是个体的自然反应。唯一可以达成共识的可能是：无论是何种法教义学理论与规则，最初必然都是经过艰苦与复杂的价值权衡才得以形成。但到其最后形成阶段，这一价值权衡过程被全部省略，代之以法学术语表达。

尽管法教义学最初无法摆脱价值观念，但在法教义学形成并日趋稳定后，在个案中论证时，应尽可能避免价值的纠缠。我国合同法学研究最大的方法论问题之一，是法教义学论证往往夹杂了过多的价值权衡。正如王泽鉴指出，不当得利制度来自于衡平观念，“不当得利请求权曾艰辛地借助于衡平思想，成为一项法律制度。业经制度化的不当得利，已臻成熟，有其一定的构成要件及法律效果，公平与正义应该功成身退。”[8] 这应成为法教义学演绎的基本规则：无论学者的价值立场如何，若某种价值已固化为法律制度，则不能再诉诸价值或“逃向一般条款”，以避免软化法律制度的构成要件，毕竟所有的构成要件都具有价值调整功能（“合目的性”）。

其二，价值共识

依据民法的特性建构各种冲突价值的序位，无疑是建构学术共同体价值共识的捷径。有学者提出了两项讨论价值判断的实体论证规则：在没有足够充分且正当理由的情况下，应当坚持强式意义上的平等对待；在没有足够充分且正当理由的情况下，不得主张限制民事主

体的自由。[9] 很多民法学者也持这种价值立场。

在今天这个“价值之争”已无法弥合的年代，达成价值共识的难度委实过大。故有学者认为，面对多元价值观念，法律应在充分考虑个体多样性的基础上，“寻求一种能够尊重现存各种价值的、适合于特定时间与环境的问题合理解决方式，而避免将众多价值化约为单一价值、或将异质问题强行转化为同质问题。”[10] 更关键的是，从法治的特性看，“之所以中国社会逐渐走向了‘法治社会’，其背后的根本原因是当前社会价值共识减少、观念分裂日趋增加。我们对法治或者法律之下的生活要求有多么迫切，就意味着我们这个社会观念分裂的程度有多巨大”。[11] 一言以蔽之，法治的出现本身就意味着价值歧异出现了强烈的不可通约性，共识形成的难度增加。

就刻下中国语境而言，强调私法自治、契约自由与主体自治自律，应当具有正当性。毕竟中国民法发展的路径与西方不同，它是从管制的缝隙中逐渐发展的。

2.学界与实务界的互动

学界与司法的良性互动，也是推动通说形成的有效途径，因为通说的价值最终只能通过裁判实现。此外，法学教研也应“全面转向推动司法实践导向的法教义学事业”。[12] 卑之无甚高论，只希望法学界与包括律师界在内的实务界相互尊重与互动。

二　合同法学研究范式的展望：十大关系

（一）总则与分则

《合同法》颁行前后，学界的重点始终在合同法总则方面，迄今未见任何更易。合同法总则的每一个制度，几乎都有很多理论支持。此外，《合同法》与晚近德国债法现代化改革和日本民法典修改的思路暗合，尽管还存在诸多体系问题，但它确实体现了合同法的发展趋势，突破性研究的空间已不大。与此呼应的是，分则研究的薄弱乃不争之实。

究其原因，一是合同法学总则可以满足学者对抽象理论的研究兴趣。而且分则中的大多数问题亦都可通过总则研究解决，在我国目前的学术研究范式中，总则研究的影响力是分则无法比拟的。二是提炼各类合同特别是新型交易合同中的问题并进行理论梳理，难度颇大。尽管所有研究者每天亲身接触合同实践，然而现代社会合同类型的多元化，已使学者难以熟悉每一种合同的交易结构。

合同法学未来的增长点应在合同法分论部分。理由是：其一，合同法未来发展的一个趋势，是不断总结各种新型合同，如各类服务合同、特许合同等。学者要了解现实生活中的新型交易，未必一定要亲自参与交易，完全可以通过完备的合同文本了解。其二，合同法在实务中的运用，永远体现为具体合同。其三，我国合同法学研究对传统典型合同的研究非常不足，更何况新类型的合同。目前，学界对服务合同、特许合同、理财合同等已展开研究，但相对现实中大量的新型合同而言，尚有一定差距。尤值一提的是，合同法学分则应强化研究某些交易领域的国际流行示范合同，如FIDIC在建设工程领域颁行的各种示范合同。

（二）英美与大陆

我国现代法学包括民法学无疑是西方的舶来品，自清末以来，我国民法学基本是比较法的引入与吸收。发挥后发优势、广泛借用比较法研究成果是建构我国民法学的必经路程，也是循序渐进的、长期的过程，迄今国内合同法学研究的主流还是以比较法为背景，据此阐释《合同法》的法律适用或构建法教义学。在合同法学研究中，比较法学最大的价值是为某个问题提供域外的成熟经验，减少思考的负担。因此，比较法的理论支持完全无可厚非，尤其是在法学积贫扶弱时期。

我国合同法学界的法教义学基本源自德国法学，对英美合同法始终欠缺系统体系。原因可能有二：一是清末以来，我国民法始终以德国法为主。其核心理由在于德国法的优势：与英美法相比，德国法的概念、原则、制度与规则极为抽象，其总则与分则的体系建构更具有中立性与普适性特征，更能摆脱法律生长的社会土壤，可以更有效地进行法律移植。其二，从制定法角度看，德国法的成文法传统比英美法更容易引入。英美法就事论事的风格、与社会土壤密切相关的习惯法和法官在法律发展与创制中的核心作用，决定它很难为他国移植。正如托克维尔对美国政制的洞察，普通法是基于“民情”的，虽然它也有诸多规则体现了人性的普适需求，但要整理为抽象的成文法规则，即使英美法学者也需要皓首穷经，对域外学者而言，更是“不可能完成的任务”，更何况还有不少与其社会背景关联密切的规则。

但是，英美法的重要性，尤其是它对国际合同法惯例的影响亦有目共睹。《合同法》跟随世界合同法发展的世界潮流，纳入了诸多英美法制。尤其值得一提的是，在违约行为形态与违约救济方面，它果断采取了英美法制，使当事人的权利义务关系摆脱了传统大陆法的“债务不履行”框架。在这种情形，学界判研的重点似乎不应是重复以往的批评，诸如它造成《合同法》的“体系违反”云云。有价值的讨

论应是如何运用既有的理论资源使英美要素融入大陆法体系后更为圆通，而非一概否定既有的混合法的法律继受状态。如《合同法》第402条、第403条引入的隐名代理与本人身份不公开的代理，有意义的提问应是："如果要对代理作出一般性的说明，首先就要从代理的定义开始，对既有的代理理论全面修正。要么死亡，要么再生。那么，一种具有整合力的新代理理论能否提出呢？"[13]

研究英美法最大的障碍就在于寻求大陆法系制度的"功能替代物"。两者的诸多制度看似相同，但若置于各自的体系中，往往两者存在细微差别。晚近的一些研究者充分意识到了这一危险，如认为英美法的信赖赔偿与大陆法的信赖赔偿责任截然不同，前者既没有错误信赖赔偿的概念，更没有确立独立的制度。[14]

学界在援引大陆法系各国法制或法学时，通常有强烈的国别意识，多区分德国、法国与日本各国法制。需要注意的是，与大陆法一样，英美法也是"法系"概念，其内部可能千差万别，研究时不可不察。如有学者指出，允诺禁反悔在英美法内部也存在诸多差异：在英国法上，它只产生履行抗辩权，并不能作为独立的诉因；在美国法和澳大利亚法上，则可作为一种独立的诉因，但其救济范围取决于诉诸法官的自由裁量，或给予信赖利益的赔偿或给予期待利益的赔偿等等。[15] 未来对英美法的研究，当关注细节问题。

（三）公法与私法

民法学界对公法与私法关系的议论，一度仅限于私法公法化之类的口号，或宪法与民法何为母法之类的无益争论。但是，2000年以来，尤其是2001年齐玉苓案引发了宪法与民法关系的讨论。最初实质性关注这一问题的是宪法学者，[16] 近年来，民法学者也充分意识到了这一问题，如宪法人格权与民法人格权的关系。[17]

受制于我国目前的情势，宪法与民法的关系要在实务中生根开花委实不易，操作不当反而可能戕害基本权利。如在合同法学中，契约自由是民法与宪法的关系中最重要的问题之一，我国宪法学者就指出，"宪法与契约自由是民法与宪法关系中争论最大、学术脉络最复杂的难题"，"从本质上而言，契约自由的保护与限制、契约自由与国家管制的关系以及契约自由实现的重要内容，不能仅仅局限于民法学体系内部，需要在整个法律体系中进行全面综合的研究"。[18] 但具体问题的深入研究还有待时日。值得注意的是私人缔约中的各种歧视条款的效力。如甲公司拒绝招聘女性员工或乙酒店仅仅对教师和公务员八折优惠，当然构成缔约歧视，但歧视者是否应对潜在的或实际的缔约相对人承担责任及承担何种责任，私人是否应承担保护他人宪法上

平等权的义务，确实值得思考。换言之，我国合同法领域能否引入欧美法制的各种反歧视规定，值得深思。

民法与公法的关系向来为传统法教义学忽视。但是，正如有学者指出，民法解释方法可以涵盖90%的社会变迁，但其他10%的改变必须经由特别法调整。这涉及民法与特别法的价值协调等诸多问题。[19]在合同法学中，学界对公法与私法交织问题的讨论，主要见于未生效合同（尤其是《合同法司法解释二》第8条）与违反强行法的合同的效力（《合同法》第52条第5项等）。但直到今天，我国民法的空间还是取决于国家放权的力度，所以公法与私法关系的问题远远不限于此，其他问题还包括强制招标、行政合同等。如何通过合同法等民法部门来克减公权力，应是一个持久的重要课题。

（四）实体与程序

合同法涉及的程序问题包括两类：一是缔约程序，尤其是竞争性缔约程序和电子缔约程序；二是合同法与程序法的关系。

关于普通缔约程序，相关研究已汗牛充栋，但对特殊性缔约程序及缔约过程中的文件，目前研究还相对薄弱。在我国，竞争性缔约程序主要有三种：招标投标、拍卖与挂牌交易。普通缔约程序是“一对一”的程序，即缔约人双方之间进行谈判或交易。竞争性缔约程序则是“一对多”的程序，合同一方为单数，但欲与之缔约的另一方为复数，优胜者获得缔约机会。这种缔约方式虽然整体上与《合同法》规定的“要约——承诺”程序相似，但两者的最大差异在于：“一对一”的缔约程序中，当事人通常有中断磋商的自由，除非双方的关系已经成熟到一定程度，任何一方都不因中断磋商而承担缔约过失责任。而竞争性缔约程序则具有强烈的程序刚性特征，程序一旦启动，任何一方都受一环扣一环的程序约束。任何一方违反程序退出，都可能承担缔约过失责任甚至违约责任（如中标通知书发出后不签订招投标合同）。在竞争性缔约程序中，尤其重要的是招投标程序，这是实践中极其常见的、也是极易引发寻租的缔约程序，其研究空间应该相当大。

更值得着力的是合同法与程序法的关系。若没有程序法的配合，实体法的很多制度都将无法操作。然而因系科分离，合同法学者大多不熟悉程序法，对程序法的讨论甚少，而且深度不够。实务界人士虽然关注合同法的程序问题，但难以成体系。幸运的是，亦有学者关注程序法问题，一个典型例子是同时履行抗辩的司法判决：原告诉请被告履行债务时，被告行使同时履行抗辩权的，法院应当如何判决？有学者认为，法院可作出同时履行判决，且不必基于当事人的请求。[20]

这种判决的执行是附条件的，即原告必须已经履行，条件成就始得开始强制执行。同时履行判决的既判力并不及于对待给付，被告行使请求权的，须另行反诉。[21] 反对意见则认为，这种思路会使后履行一方反倒要先为给付，才能请求先履行一方为给付，“否定了意思自治原则，颠倒了事理”。[22] 这种争议对实体法的司法适用颇有助益。

值得注意的是，晚近以来，诉讼法学者也充分认识到实体法与程序法协力研究的重要意义。如地域管辖与合同履行地、保证合同与共同诉讼、借款合同分别请求支付利息与本金是否适用一事不再理等问题，展示了程序法与实体法研究的不可分割。[23]

（五）理论与实践

合同法是交易实践中运用最多的部门法之一，也是最具入世品格的法律之一，合同法理论也多少都与实务问题有关。合同法学研究中的实践问题主要体现在如下两方面：

其一，案例研究

这是合同法学最重要也是最容易进行的实践研究。案例研究往往针对典型案例中的典型法律问题进行分析。它可以提炼出司法实务对哪些问题的处理存在争议，检视既有的理论方案有哪些，并提供各种解决方案，申述其利弊得失，指出何种方案最优。通过为裁判者提供理论说服力强、实务操作便利的方案，促进实务对学术的敬重。可见，它最能促成司法与学说的有效沟通，对通说的形成具有重大价值。此外，通过检视案例中合同法规范的运用，或可发现现行法的缺陷与不足，进而提出立法论建议，以使法律能及时呼应现实需要，避免陷入僵化与封闭。

有学者认为，案例研究有三种类型：个案研究、类案研究和案例统计研究。最常规的研究是个案研究，即检视个案中的法律适用，并据此提出解释论或立法论方案。类案研究针对适用《合同法》某一条文的案件，整理不同案件，别同异，并提供统一的处理方案。统计研究主要采用法社会学方法，即发掘特定时空合同法案件的共性，以解释法官审判案件时衡量的因素、合同法规范的社会效果等。在材料选择上，个案宜优先选择审判级别高者；在统计分析案例时，应更多强调选择案例的时间、地域范围与样本涵盖面（案例数量），尽量利用已经公开的司法案例。[24] 目前有兴趣从事个案研究的学者渐多，研究大多集中在个案与类案。值得一提的是，目前学界在进行某一主题研究时，已经较为广泛分析、比较各地法院对同类案件的判决，总结法院的不同处理方案，据此立论的说服力更强。

无疑，我国案例研究受制于如下因素：其一，判决的水平。法院

判决水平直接决定了案例研究的意义。目前我国合同案件的判决水平难以与德国、日本法院的判决相提并论，学界的研究大多以某一个案件为靶子，削弱了案例研究对法律与法解释学发展的意义。其二，判决的公开性与可接近性。这历来是我国案例研究的软肋。《民事诉讼法》修正后，这一情形或可大为改观。其三，统计学口径。案例的统计研究实际上是法社会学研究，其目的可能是揭示合同法与社会变迁的关系等等，目前合同法学界几乎尚未进行这种研究。这应该是未来合同法社会学研究的一个面向。值得注意的是，“社会科学研究方法要保证数据统计口径的统一。统计数据变化不一定是统计上作假，而是因为制度发生了变化，导致统计口径的变化，如果研究者不关注统计的社会背景，就可能在数据分析上出错”。[25]

其二，合同制作

目前，合同法学研究只讨论既定的合同文本，几乎不涉及合同制作，容易导致学术研究与实务尤其是律师实务的割裂。合同制作应成为合同法学研究的重要内容，而不应像现在一样，完全是律师的执业know - how。

从法律上说，合同制作的核心要素之一是如何将《合同法》的规定转化为合同中的约定。无论是《合同法》总则还是分则的内容，都可能转化为合同中约定的内容，而且这往往是必要的。尤其依据“合同构成”理论的论点，合同法最重要的目的是确定当事人合同的内容。合同制作的要点之一，就是将《合同法》规定的事项尽可能以约定方式展现，在合同中尽可能约定当事人之间的权利义务和各种纠纷的解决规则。以下分别以总则和分则为例说明。

《合同法》第68条规定了不安抗辩权。即“应当先履行债务的当事人，有确切证据证明对方有下列情形之一的，可以中止履行：（一）经营状况严重恶化；（二）转移财产、抽逃资金，以逃避债务；（三）丧失商业信誉……”当事人在判断是否可以行使不安抗辩权时，往往颇费踌躇。比如甲公司的资产负债率已经达到70%，依约应先履行的乙方是否可以主张不安抗辩权？甲公司若不了解乙公司的全面状况，单以资产负债率必然无法判断对方是否已经陷入“经营状况严重恶化”。为减少这种不确定性，合同可以将“经营状况严重恶化”的标准具体约定为：“签约日的资产负债比例与评估日的资产负债比例相对比，后者比例恶化超过5%”。

《合同法》规定的买卖合同既适用于有体物买卖，原则上也适用于权利买卖。实务中的各种买卖性质可能有较大差异，在合同制作时需结合交易的具体情形约定特殊条款。如并购实务界通常将并购区分

为资产并购与股权并购，两者虽然都是通过买卖方式进行，但与《合同法》上的买卖有重要区别。资产并购的目的在于取得标的公司的核心资产，股权并购的核心在于取得标的公司的股权，两者的共同目的都是取得标的公司的控制权。在法律定性上，它们与买卖最大的差异在于，并购的目的在于取得控制权，消灭竞争，因此受《反垄断法》规制。在合同制作上，资产并购与股权并购合同也有诸多特殊性：如资产并购中对股权标的公司未履行完成的合同的约定；股权并购中对股权交割日与公司权力交割的约定等。此外，在两种并购中都可能运用共管账户等。

（六）解释论与立法论

随着我国社会主义法律体系的初步形成，民法学研究的重点要从立法论转向解释论，已基本成为学界共识，[26] 以至于有学者认为：“一个解释论的时代已经到来。”[27]

解释论除了可强化合同法学的专业性、使同案和类案裁判日趋统一、维护法律的权威外，还“同样具有政治性，它是化解、颠覆极左政治、空头政治的有效武器”。[28] 但随着市场经济体制日渐成熟，市场观念深入人心后，解释论消解特定意识形态的功能趋弱。解释论的核心功能就转化为推动形成学术通说，推动法律适用的统一。

倡导法学研究解释论转向的意义已无须饶舌。最困难的还是观念转变。多年来，解释论被冠为“法条主义”之名，其目的是“试图建构一个在概念系统上比较完整、逻辑自洽、传达便利和运用有效的有关各部门法的规则体系。”[29] 但法条主义并非完全是坏东西，相反，它是部门法研究者最重要的出发点。因此，转变鄙薄解释论研究的观念，把解释论研究作为法学研究的基础，转变解释论研究缺乏学术创造性的观念，[30] 是解释论兴盛的重要前提。

但是，就我国目前的立法状况而言，完全偏向解释论也可能造成某些问题。我国目前尚未出台民法典，学界多年来的千呼万唤未见成效。解释论盛行可能造成的一个麻烦是：法律守成多于回应，甚至与社会变迁与民众福祉隔绝。因为解释论的出发点是肯定现行实证法自身之价值基础，其批判标准是从“实证法秩序中一再遭遇的法律思想和评价准则而发展出来的”，因此“必须假定现行法秩序大体看来是合理的”。[31] 故有学者认为，解释论可能因立法的停滞而会失去其发展的源头活水。[32]

我国目前的解释论实际上很多已是立法论的内容。因为解释论以承认现行法秩序为前提，但不必然否认法律存在漏洞，不过是通过解释方法来弥补漏洞而已。立法论则以现行法存在漏洞，法律必须改弦

易辙为出发点。解释论面对法律规范的缺陷时，同样会采取限缩解释、扩张解释、类推适用等方法，使现行法符合某种价值；立法论则不通过法学方法填补漏洞，而主张直接修改或制定法律。可见，限缩解释等合目的性解释方法或法律方法，与立法论其实殊途同归。两者的差异只是在于：解释论并不直接提出法律修改与完善的建议而已，而立法论则直接表达。

可见，解释论与立法论更多表明的是一种研究风气和对现行法的学术立场而已，两者对法律漏洞及其完善的解决方案并非楚河汉界，而往往是款曲暗度。兹以刑法为例。受罪刑法定这一刚性原则的限制，刑法解释论的空间远小于民法解释论。饶是如此，刑法学依然存在形式解释论与实质解释论之争。前者强调对立法原意无限遵从、亦步亦趋，后者则试图摆脱立法原意，使法律文本与现实尽可能契合。[33] 所以，解释论也好，立法论也好，只要是从法教义学的论证方法和理论出发，都可以是很好的研究成果。目前，我国民事立法的立法技术还有诸多不尽如人意之处，忽视立法论可能过犹不及，因为立法论不仅可以消除现行法的缺陷，而且也可以完善法律体系建构，使《合同法》与《物权法》、《侵权责任法》等有机交融，为未来民法典奠定坚实的基础。

（七）体系内与体系外

民法教义学强调体系强制性，力求实现体系一致性和贯彻性，同时警惕体系违反的恶果，要求非有特殊正当理由，不得设例外。晚近以来，我国民法学界最大的进步之一，是对“体系”的强调和对相关制度造成的体系问题讨论愈发深入，如频繁出现“体系违反”、“体系效应”等词。体系是概念法学的灵魂，它是经过理性建构的规则整体，包括概念、法律原则、原理、规则与制度。在法学中，体系通常分为内在体系与外在体系。前者是指决定法律规范的价值及其序位，如正义、诚实信用等；后者是以法律规范形式体现的法律整体。民法学研究所涉及体系主要是外在体系。这个体系的所有内容都具有高度的相关性，所有内容都彼此相关，牵一发而动全身。

这里的“体系内”是指合同法体系，“体系外”是指整个民法体系及相关法律体系。提出这一范畴的原因是，我国《合同法》采单行法模式、民法典的出台还没有日程表，在这种法律框架下，合同法学研究必须协调合同法与其他民法部门法及相关法域的关系。

其一，《合同法》与民法其他部门法的体系关系

如《合同法》第97条关于合同解除效力规定中的“恢复原状”，到底是合同解除自身效力的一部分，有自己独特的返还规则，还是将其

从合同解除制度脱离，完全交由不当得利制度解决？又，标的物的受领人对标的物处于占有状态，此时是否可以适用《物权法》第242条、第243条规定的所有人—占有人关系规则？即占有人因使用占有的不动产或者动产，致使该不动产或者动产受到损害的，恶意占有人应当承担赔偿责任；不动产或者动产被占有人占有的，权利人可以请求返还原物及其孳息，但应当支付善意占有人因维护该不动产或者动产支出的必要费用。若采清算义务说，自然应认为《合同法》第97条的"恢复原状"系独立的返还请求权基础，债权人无须依据不当得利返还或所有权返还。合同解除后实物返还不能时的折价补偿、因返还产生的费用等，也都属返还义务的内容。

其二，《合同法》与《消费者权益保护法》等相关法域

如《合同法》第111条规定："质量不符合约定的，应当按照当事人的约定承担违约责任。对违约责任没有约定或者约定不明确，依照本法第六十一条的规定仍不能确定的，受损害方根据标的的性质以及损失的大小，可以合理选择要求对方承担修理、更换、重作、退货、减少价款或者报酬等违约责任。"本条规范适用的最大争议是，当事人自由选择修理、更换、重作、退货等救济方式是否为"合理选择"？

值得注意的是，新《消费者权益保护法》第24条第1款规定："经营者提供的商品或者服务不符合质量要求的，消费者可以依照国家规定、当事人约定退货，或者要求经营者履行更换、修理等义务。没有国家规定和当事人约定的，消费者可以自收到商品之日起七日内退货；七日后符合法定解除合同条件的，消费者可以及时退货，不符合法定解除合同条件的，可以要求经营者履行更换、修理等义务。"依据本规定，即使重在保护消费者利益的《消费者权益保护法》，在商品出现瑕疵但又尚未构成法定违约解除时，也对消费者的补正履行请求权作了限制。那么，在非消费买卖合同的其他合同类型中，债权人的补正履行请求权更应受限制。

（八）制度内与制度外

美国著名法律史学家戈登曾用"法律盒子"来形容美国法律史研究的传统。盒内是"法律"，盒外是"社会"，即法律之外的政治、经济、宗教、文化等社会领域。"盒里乾坤"其实并非盒子内部决定的，而是来自于盒子外的变化。法律史应同时体现盒内外的变化。[34] 这种研究方法可被称为语境论、"社科法学"，其核心问题是试图发现法律或具体规则与社会生活诸多因素的相互影响和制约。[35]

语境方法研究的目的是：其一，了解历史上的法律何以会如此规定，决定它产生的社会背景是什么？其二，历史与现实中的法律运行

的实际效果，影响立法目的实现的因素有哪些？其三，在现实中，经济、社会与政治因素对法律变革有无要求？若有，是什么？[36] 亦有民法学者意识到，法律现象同时具有质和量的属性。后者表现在诸多方面，比如签约率、股权交易量、交通事故发生率及其原因等。“法学不能放弃对法律现象中‘量’的规律的探求而将此领域让给其他学科。”[37]

对社科法学的呼唤由来已久，但始终流于纸面，未见躬行。个中原因非常简单：一是采取制度外视角对学者的要求太高，不仅要求熟悉相关学科的理路、范式和知识，而且还需切入社会实践观察、感受不同群体的价值观与意义体系。“第云理之所必无，安知情之所必有？”（《牡丹亭题词》）《合同法》也必须契合民众的价值观念、情感，如合同法定解除事由的宽严，断然不考虑普遍的交易观念也不恰当。二是它与合同法学规范研究的演绎方法相距太远，难以与合同法理论和规范对接。学界多强调合同法作为技术规则的普适性与中立性。《合同法》本身不应强调中国特色，但合同法学却不能忽视《合同法》的中国特色，如我国大量存在的行政合同，作为国家治理手段之一的农村土地承包经营合同等。

尽管如此，社科法学对合同法学至少在以下方面有启发意义：一是比较法研究应尽可能深入宗主国的社会、文化与历史背景，至少应解释法律规范的基础理论、实际运用状况及其与其他配套制度的关系，换言之，要推察至隐，而非蜻蜓点水，做简单的文本翻译功夫。二是运用交叉学科时，要使合同法学与其他学科有机融合，而不是简单堆砌，出现“民法是民法，哲学是哲学”的尴尬。[38] 三是立法论应以理论与现实为出发点，以克服空头议论，引发不必要的口水战。

此外需要注意的是，我国合同法学研究的方法论自觉尚嫌不足。一个重要的例子是，学者往往对制度内研究与制度外研究缺乏明确的区隔意识，如在法解释论中，将文义分析与利益衡量置于一炉。虽然法律的目的解释可以包容利益衡量，但限于对立法原意的解释。

（九）原则与例外

这里的“原则”系与“例外”对应的普遍性规则。合同法要适用于社会中大量的事实，必然强调规则的普遍性；若民法学全然就事论事，不确立一般性规则，则民法学体系实无存在的价值。可见，一般性规则的确立及其论证是民法学最重要的内容。要确立某项规则，最重要的是如何处理例外。原则上，例外必须受严格限制，若例外的数量过多，则将成为一项普遍原则。

合同法的发展很大程度上是对原则的突破，同时也是对各种二元

对立的突破。如合同法对第三人的保护、基于缔约过失而解除合同、风险负担与合同解除的一元论和二元论对立等。这些例外无疑回应了现代合同世界的复杂性与多样性，有充分正当性。但是，若例外过多，则可能对普遍规则造成根本性冲击。此时，选择尽可能限制例外规则，维持合同法学的固有体系，还是使普遍规则改弦易辙，是现代合同法学面临的根本问题之一。

（十）抽象与情景

建构概念清晰、位序适当、逻辑一致的法律公理体系，对任何法学家都有难以抵御的魅力。[39] 近代以来的民法学也从特定价值出发，依据归纳与演绎方法，建构了完美而精巧的体系，如民法典的“总则—物法—人法”与民法总则“人—物—行为”的三位一体结构等。它将真实社会压缩、剪裁与提炼为一个抽象的法律符号世界，其成立的前提是理性可以穿透全部的社会生活。

这种抽象的理论与规则，似乎最能保障法律适用的统一与安定，但事实并非如此。一旦合同法适用于个案，案件事实是否构成合同法规定的构成要件，往往存疑。在合同法学研究中，经常可以看到“区分具体情形”和“结合个案认定”等结论性表述。如“个案中，通过理性人能力和知识的具体化，构建出标准人，进而判断这样的标准人在个案交易背景下是否可以预见所争议之损失”；[40] 在侵害附随义务时，合同应否解除，法官需在个案中“依照合同双方的各自利益状态、履约的具体情况以及主体双方的可责性状况予以酌情裁量”。[41] 甚至任何权益侵害“总是发生在特定场景之下，所有的侵权判断都必须结合这种具体场景进行，这种场景当然包括损害发生前当事人之间的具体关系类型。”[42]

可见，尽管现代法学已淡化了实践品格，转而攀附自然科学或哲学一般的抽象性，但在处理个案时，也难免运用“决疑术”，即基于案例推理而非基于原理或规则的推理，以凸显“一种情境不同于其他所有情境的惟一性”。[43] 其实，在罗马法学家那里，知识（Wissen）与判断（Urteil）是一体的，这两者本身也是法学家自己活生生的生活。[44] 这也表明，合同法研究者不可能完全是中立的社会观察者，他本身就是社会的一部分。合同法学也必然贴近社会现实生活思考。

依据个案的情景决定合同法规则的适用，体现了实事求是精神，可以最大限度实现个案正义。但是，个案情景考虑得越多，经验的重要性就越突出，法学确保法律统一适用的价值就必然减损。安定性与妥当性确系鱼和熊掌，难权取舍。但通过提供个案思考的重要因素及其权重（如《欧洲侵权法原则》采取的做法），合同法学可以在这一

严格的约束条件下，尽可能满足确定性要求。目前，合同法学提及的最多因素是理性人、当事人的缔约目的、缔约情景、交易习惯、利益状态等，尚过于抽象。

三　结束语：期盼合同法学的“丰富性”[45]

时下，我国合同法学最重要的方法是规范研究。这本是法学固有的方法，不可能有其他方法对之挑战。目前我国最需要的，也应当是这种合同法学。正如王伯琦多年前所陈：法官“不患其不能自由，惟恐其不知科学；不患其拘泥逻辑，惟恐其没有概念。”[46] 在概念法学还没有建立起来的年代，对概念法学过多的批评，无疑是错把他乡做故乡。建构比解构永远更需要耐心和苦干。尽管“法律人的思维，就模式或特点而言，没有什么与众不同的地方”，[47] 但积淀千百年的法学成果，在确保法律适用的统一性、强化当事人行为的可预期性等方面的价值，切切不可小觑。

尽管如此，如果合同法学只有一花争艳，也绝非好事。合同法学的社会学、经济学分析乃至哲学向度的建构无疑可丰富合同法学研究。这不仅是象征意义的，即合同法学领域花多几朵、满足百花齐放的要求，而且具有实质意义。因为这些研究往往孕育了创新甚至更易制度的因子，可以激发规范研究的灵感。这里以基于美国交易实践提出的关系契约理论为例。它看似是纯粹的法社会学研究，与合同法规范无涉，学界甚少关注。但实际上，它与继续性契约的解除、违反附随义务时合同的解除、框架合同都关系密切。如画家甲受聘至乙家为其作画，甲在作画过程中经常损害乙家的家具，此时乙可否解除合同？或甲乙订立了长期培训合同，甲为乙提供培训服务，在合同订立后，乙得知甲在缔约之前盗窃了其手机，此时乙能否基于缔约之际甲的不法行为解除服务合同？若这两种情形均可解除合同，则其基础已不可能从现行合同法中寻求，而只能从关系契约中寻求理论支持。此外，FIDIC的文本也深受其影响。就这让我们反思一下合同法学研究中的最根本问题：什么是合同？合同对当事人究竟意味着什么？

我国有世界上最多的合同法学研究者。研精覃思、博考经籍、游刃百家的大有人在。强求学者研究风格同一，无异于学术自杀。不同研究思路的学者疑义共析，切磋砥砺，合而不同，应是最适合合同法学发展的学术风尚。

“这是最好的时代，这是最坏的时代。”狄更斯这番被滥用而近恶俗的感慨，表明每个年代、每个研究者和学科都在路上，都在生成，都面临无限可能性。中国合同法学也同样如此，它的巨大发展空间，

使我们有理由相信，它最终会迎来自己的学科自尊和民族尊严。

---

[1] 参见许德风《论法教义学与价值判断——以民法方法为重点》，《中外法学》2008年第2期。学界选择“教义”的译法，暗示了“教义”至高无上的地位，其权威性当然高于“通说”。

[2] 参见王利明《法律解释学导论——以民法为视角》，法律出版社2009年版，第3页。

[3] 参见［德］耶林《法学的概念天国》，柯伟才等译，中国法制出版社2009年版，第15页。译文有改动。

[4] 卡多佐：《司法过程的性质》，苏力译，商务印书馆1998年版，第104页。

[5] 庄加园：《教义学视角下私法领域的德国通说》，《北大法律评论》第12卷，第2辑；黄卉：《论法学通说（又名法条主义者宣言）》，《北大法律评论》第12卷，第2辑。

[6] 参见许德风《法教义学的运用》，《中外法学》2013年第5期。

[7] ［日］星野英一：《现代民法基本问题》，段匡等译，上海三联书店2012年版，第215页。

[8] 参见王泽鉴《债法原理二·不当得利》，中国政法大学出版社2002年版，第19页。

[9] 参见王轶《民法价值判断问题的实体性论证规则——以中国民法学的学术实践为背景》，《中国社会科学》2004年第6期。

[10] 朱庆育：《意思表示解释：通过游戏而实现》，《清华法学》2002年第1期。

[11] 陈景辉：《实践理由与法律推理》，北京大学出版社2012年版，第2页。

[12] 参见黄卉《论法学通说（又名法条主义者宣言）》，《北大法律评论》第12卷，第2辑。

[13] 韩世远：《中国民法随想录》，《清华法治论衡》第6辑。

[14] 参见梅伟《合同因错误而撤销的信赖赔偿责任》，《现代法学》2006年第3期。

[15] 参见朱广新《信赖保护理论及其研究述评》，《法商研究》2007年第6期。

[16] 如徐振东《宪法基本权利的民法效力》，《法商研究》2002年06期。

[17] 如周云涛《论宪法人格权与民法人格权：以德国法为中心的考察》，中国人民大学出版社2010年版。

[18] 江登琴：《契约自由的宪法基础研究》，北京大学出版社2011年版，第2页韩大元“序”。

[19] 参见苏永钦《民事立法与公私法的接轨》，北京大学出版社2005年版，“自序”。关于公法与民法的关系，苏永钦的讨论可谓典范，见苏永钦《走入新世纪的私法自治》，中国政法大学出版社2002年版。

[20] 参见王闯《论双务合同履行中的同时履行抗辩权——兼释〈合同法〉第六十六条及其适用中的相关疑难问题》，《法律适用》2000年12期；韩世远：《构造与出路——中国法上的同时履行抗辩权》，《中国社会科学》2005年第3期。

[21] 参见韩世远《构造与出路：中国法上的同时履行抗辩权》，《中国社会科学》2005年第3期。

[22] 参见许娟《同时履行抗辩权在履行迟延中的适用》，《研究生法学》2009年第5期。

[23] 参见李浩《走向与实体法紧密联系的民事诉讼法学研究》，《法学研究》2012年第5期。

[24] 参见张家勇《探索司法案例研究的运作方法》，《法学研究》2012年第1期。

[25] 参见苏力《跨越个案》，《法律和社会科学》第7卷，法律出版社2010年版。

[26] 参见韩世远《裁判规范、解释论与实证方法》，《法学研究》2012年第1期。

[27] 王利明：《一个解释论的时代已经到来》，《北京日报》2013年3月18日第20版。

[28] 苏力：《也许正在发生——中国当代法学发展的一个概览》，《比较法研究》2001年第3期。

[29] 邓正来：《中国法学向何处去》（上），《政法论坛》2005年第1期。

[30] 参见陈甦《体系前研究到体系后研究的范式转型》，《法学研究》2011年第5期。

[31] ［德］卡尔·拉伦茨：《法学方法论》，陈爱娥译，商务印书馆2004年版，第7页。

[32] 参见《中外法学》杂志社编辑部《中国民法学科发展评价（2010—2011）》，《中外法学》2003年第1期。

[33] 参见梁根林《罪刑法定视域中的刑法适用解释》，《中国法学》2004年第3 期；陈兴良：《形式解释论的再宣示》，《中国法学》2010年第4期；张明楷：《实质解释论的再提倡》，《中国法学》2010年第4期。

[34] 参见韩铁《美国法律史研究领域的“赫斯特革命”》，《史学月刊》，2003年第8期； RobertW. Gordon，“J. Willard Hurst and the Common Law Tradition in American Legal Historiography”，10 Law and Society Review（1975） 9.

[35] 参见苏力《语境论——一种法律制度研究的进路和方法》，《中外法学》2000年第1期；苏力：《也许正在发生——中国当代法学发展的一个概览》，《比较法研究》2001年第3期。

[36] 参见谢鸿飞《法律与历史：体系化法史学与法律历史社会学》，北京大学出版社2011年版，第三编。

[37] 屈茂辉：《民法实证研究中的计量方法》，《法学研究》2012年第1期。

[38] 参见谢鸿飞《一个法学家眼里的世界、人类与法》，《中外法学》2000年第3期。

[39] 参见舒国滢《走近论题学法学》，《现代法学》2011年第4期。

[40] 叶金强：《可预见性之判断标准的具体化——〈合同法〉第113条第1款但书之解释路径》，《法律科学》2013年第3期。

[41] 刘毅强：《附随义务侵害与合同解除问题研究——以德国民法典第324条为参照》，《东方法学》2012年第3期。

[42] 张家勇：《因情谊给付所致损害的赔偿责任》，《东方法学》2013年第1期。

[43] 舒国澄：《决疑术：方法、渊源与盛衰》，《中国政法大学学报》2012年第2期。

[44] JR.Jhering，Geist des r9mischen Rechtsauf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung Bd. III，8 Aufl.Darmstat，1954，S.316.

[45] 这一名称借自［美］罗伯特·A.希尔曼《合同法的丰富性：当代合同法理论的分析与批判》，郑云端译，北京大学出版社2005年版。

[46] 王伯琦：《近代法律思潮与中国固有文化》，清华大学出版社2005年版，第168页。

[47] 苏力：《法律人思维？》，《北大法律评论》第14卷第2辑。

关键词索引

A

安全保障　义务153，164，165，242，243，245，246，485，486

B

保存行为　294，302，307

保护义务　31，41，52，54 - 57，71，153，158，161 - 165，167，213，235，238 - 246，412，414，446，450，485，487，492，497，499

保密义务　6，156，158 - 160，239

本约　73，81 - 88，90

表见代理　29，30，181 - 192

补充解释　58，59，61，65 - 68，89

不安抗辩权　263，270 - 272，276 - 280，283，286 - 291，364，411，425，480，481，531，532，606

不可抗力　43，179，285，316，319 - 323，330 - 332，358 - 361，371，379，380，395，396，398 - 402，405，408，409，417，483，486，585，591

不完全履行　13，237，239，266，361，362，407，410，414 - 417，419，426，427，429，430，433，463，468，469，476，498，521，591

不真正义务　430，508

部分履行　266，271，361，402，472，513

部分无效　221，229，231，389，510，527

C

场外金融衍生交易合同　592

撤销权　40，47，74，91，98，101，102，143，144，156，158，187，204，230，255 - 257，277，293，298，302，304 - 315，327，349，358，359，368，369，389，395，503，504，

514 - 520，522，532

沉默　22，108，109，132，183，189，392

诚实信用　20，21，26，27，39，51，61，67，87，92，103，122，145，147，149，151，155，158，160，162，171，175，176，181，232 - 236，238 - 240，244，263，266，271，285，314，316，318，326，332，340，350，382，388，417，432，451，471，473，474，479，484，485，492，502，504，561，568，595，608

承揽合同　274，365，366，400，411，421，425，434，480，560，582 - 586，591

承诺　80，82，84，90，91，93 - 109，111，112，126，128 - 135，140 - 142，148，154，204，222，241，306，338，340，343，345，346，449，474，477，547，548，560，571，603

惩罚性赔偿　38，440，462，463，474，476，477

惩罚性违约金　460 - 469，473，475 - 477，493

从给付义务　122，175，233，235，244，264，267，270，334，363，412，413

从合同　36，41，42，48，51，113，114，134，152，169，176，224，227，228，234，241，244，305，339，355，356，364，369，370，372，373，375，384，397，401，441，458 - 460，475，476，478，532，592，609

催告　204，266，289，306，343，349，361 - 367，388 - 390，394，434，442，470，511，512，531，561，566

磋商　6，51，82，84，85，87，92，98，138，139，149，153，157 - 160，165，166，325，326，332，532，547，588，603

D

代偿请求权　417，505

单务合同　119，264，359，360，368，417

抵销　218，257，258，268，293，299，306，312，345 - 347，352，385，391，393，466，473，480

第二次义务　42

第三人侵害债权　47，486，504

第三人原因违约　479，481 - 486

第一次义务　42

缔约过失　27 - 30，47，51，56，74，81，82，87，89，92，98，101 - 104，110，121，125，133，149 - 169，172，174，176 - 178，181，199，201，206，225，233，234，240，242，359，368，369，412，423，426 - 428，435，446，448，455，545，603，611

定金　382，458，464，468 - 471，477，530

对价　5，27，35，46，96，135，245，254，257，258，264，267，270，309，323，328，330 - 332，348，364，370，376，382，395，405，450，456，481，495，500，552，588

E

恶意串通　161，310，313，315，501，504

F

返还财产　202，223 - 225，227，373，377，527

风险负担　5，12，259，316，321，377，395 - 403，409，416，417，483，505 - 508，513，514，545，582，584，585，611

负担行为　192，193，195，198，202，205，206，518

附随义务　23，50 - 52，122，151，155，160，176，232 - 241，243，244，264，265，359，361，363，368，412，413，419，426，427，431，487，492，498，612，613

G

格式条款　5，21，38，109，126，136 - 149，530

公序良俗　20，24，68，129，191，209，210，216，217，220，223，224，226，227，451，464，579，595

共同错误　90，223，317，318，329，330

关系契约　37，38，40 - 42，368，613

归责原则　27，29，87，155，164，237 - 239，243，245，246，404 - 410，430，453，499

过失相抵　163，472，480，481，497，545

H

合同　1 - 16，18 - 340，342 - 596，598 - 606，608 - 614

合同的法定形式　113，117，119，123

合同构成　13，32，38，39，41 - 43，360，396，398，407，432，450，484，552，554，605

合同解除　5，9，41，42，155，166，167，178，203，230，237 - 239，244，246，254，255，274，279，280，283，287，290，321，325，327，328，330，331，352 - 366，368 - 388，390 - 402，404，409，410，417，422，425，426，430，433，459，471，475，511，512，545，546，578，585，609，611，612

合同解释　10，40，57 - 67，81，83，85 - 87，91，119，170，181，199，220，324，333，522，575

合同拘束力　5，9，33，35，38 - 40，43，72，96，360，396，398，402，408，432，450，484

合同履行受挫　318，319

合同目的落空　318，319，329，330，363

合同条款　59，62，73，79 - 81，91，103，128，137，138，141，144，146，236，326，382，429，476，550

合同相对性　43 - 50，54 - 57，196，205，248，250 - 252，261，262，292，294，482 - 484，486，535，546，560，571

合同严守　228，319，327，329，357，369，438，443

合同义务的扩张　232 - 234，244

合同正义　23 - 25，36，233，248，406，471

合同自由　20，25，34，50，86，89，114，126，128，155，174，199，211，212，216，219，232，244，248，251，261，263，458，463，471，524

合意　20，36 - 39，41，44，50，61，69，74 - 78，80 - 82，88 - 90，96，99，105，111，112，121，122，125，126，128，140，151，154，164，168，171，232，260，261，272，340，349，352，356，442，465，472，504，522 - 524，548，583

后合同义务　47，232 - 234，240，244

恢复原状　230，231，280，354，370 - 377，379 - 381，384，

385，387，401，527，545，559，609

混同　19，352，356

J

积极侵害债权　13，233，243，288，412，417 - 419，434，436，492，494

继续性合同　41，121，122，132，167，280，332，354，367，370，371，398，401，470，471

间接损害　445，446

检验期间　508 - 510

检验义务　508

减价　404，422，424 - 427，430，434，442，472，487 - 490，498

减价权　424，425，434，488 - 490，498

减损规则　285，380，386，439，450，472

建设工程施工合同　10，53，68，124，138，212，229，324，365，477，557 - 561，565 - 567，570，571

结果债务　39，407 - 409

解除权　57，75，91，167，254 - 256，280，281，286，289 - 291，293，302，327，349，352，353，355，357 - 359，361，363 - 365，367 - 378，380，382，383，385 - 399，401，413，414，425，434，511，518，519，553，555，578 - 580，588，589

解约定金　358

精神损害赔偿　133，165，493 - 500，591，592

救济进路　405，410 - 414，419，420，433

居间合同　364，574，579，586 - 591

拒绝履行　266，270，271，273，279，282 - 287，290，338，358，361 - 363，367，370，411，412，415，417，418，436，463，468，469，471，480，519，521，580

K

可撤销合同　23，156，158，219，225，330，358，369，395，472

可归责　38，39，48，63，85，101，155，179，182，184，186，189，192，238，239，321，329，348，357，360，379，395，396，398，400，402，405，408，409，436，484，507，517，544，571，578，584，589

可预见性规则　55，87，238，362，380，386，439，452，455，493，497

L

可撤销合同　23，156，158，219，225，330，358，369，395，472

可归责38，39，48，63，85，101，155，179，182，184，186，189，192，238，239，321，329，348，357，360，379，395，396，398，400，402，405，408，409，436，484，507，517，544，571，578，584，589

可预见性规则　55，87，238，362，380，386，439，452，455，493，497

M

买卖不破租赁　47，533 - 538，546，547

买卖合同　8，30，31，45，47 - 50，54 - 56，64，79，82 - 89，94，115，119，127，130，147，156，167，193 - 204，206，208，253，262，273，284，322，330，333，355，359，364，366，377，382 - 384，388 - 390，396，400，401，411，421，423 - 431，434，459，477，483，485，501 - 513，521，542，543，547，550 - 554，557，583，584，586，587，595，606，609

免除　139，141，143，144，146，148，165，185，186，257，260，268，279，308，319，328，331，339，352，356，373，377，379，397，408，424，442，468，473，476，498，507，518

免责事由　285，321，331，395，405，406，409，416，507

默示承诺　105，106，108，109，111，112

N

诺成合同　368，458，514，515，522 - 524，532

P

赔偿性违约金　384，458，461 - 469，472 - 474，476，477，488

Q

欺诈　21，60，68，81，92，113，121，124，156 - 158，164，166，167，203，204，206，271，277，336，347，349，358，359，369，416，424，428，474，528

企业间借贷　524 - 527，533

强制缔约　21，109，110，112，126 - 136，157，207，547，560

强制履行　72，85，86，103，132，176，237，285，410，413，432 - 437，532

强制性规定　8，16，68，116，119，140，172，173，196，207，209 - 211，213，216，217，231，270，279，388，463，525，539，551

情势变更原则　86，277，315 - 329，331，333，416，427，436，519

情谊行为　69 - 72

穷困抗辩权　514，518，519

权利瑕疵担保责任　196，200，201，425

R

任意性规定　66，145，539，555

容忍代理　181，182

融资租赁合同　10，56，115，124，549，551 - 557

入库规则　296 - 300

S

善意取得　33，187，188，195，197，200 - 203，206，224，229，230，334，342，348，553

商业风险　166，315，316，321，322

涉他合同　47，249

事实合同　105，109 - 112

手段债务　39，407，408

授权行为无因性　183，191

数据电文　101

双方违约　268，272，274，276，479 - 481，485，486

双务合同　73，224，239，255，259，262 - 267，269，270，274 - 277，279，287，323，357，359，360，364，368，370，373，420，430，448，480，481，486，507，588，603

损害赔偿　27，28，38，39，42，50，53，70，82，87，89，98，103，131，133，134，149，150，155，156，159 - 163，167，172，177，178，181，189，191，195，196，200，223 - 225，227，237 - 242，246，248，255，256，267，278，281，286，293，295，326，328，331，332，335，353，358，360，362，367，369，370，372，375，378 - 387，400，401，403，406，408，410，412 - 414，416 - 418，420，422，425，426，428，430，432 - 434，436 - 444，446 - 450，452 - 458，460 - 469，471 - 473，475，476，479，480，483，484，487，488，490 - 500，504，505，508，512，516，519，520，530，532，537，538，542 - 544，546，571，579，580，589 - 591

损益相抵　386，472

所失利益　87，238，445

所受损害　242，445，505

T

提前还贷　529，530

同时履行抗辩权　75，262 - 277，283，287，290，376，480，481，486，509，603，604

同时履行判决　603，604

W

完全赔偿原则　380，444，450，469

违约金　38，42，43，72，195，276，295，382 - 384，409，413，434，436，456 - 479，488，493，497，500，511，527，530，531，587 - 589，596

违约救济　18，42，86，279，289，355，357，369，370，372，

379，380，404，411，422，　424，430，433，441，448，455，481，487，495，499，601

违约责任　4，10，12，13，19，27，28，38 - 40，42 - 44，52，55，57，70，78，82，85，86，89，93，94，96，98，99，102，103，133，152，153，155，157，160，163 - 166，169，175，176，178 - 180，195，196，198 - 201，203，206，234，237，240，241，244，245，249 - 253，262，263，265，267，272，283，284，286 - 288，290，291，305，319，328，331，332，337，346，350，352，355 - 357，360，361，365，367，374，378，379，381 - 386，392，393，395，396，399，400，403 - 410，413，415，416，418 - 425，427 - 434，437，439，441，444，454 - 456，460 - 462，465，469，472，473，476，478 - 481，483 - 499，501，502，507，509，513，520，521，529，530，534，545，547，571 - 574，577，580，585，587 - 589，603，609

未生效合同　88，168 - 171，175 - 179，358，366，603

委托合同　55，56，75，183，336，354，359，360，364，400，522，557，572，574，576 - 582，587，588，591

无权处分　8，33，188，189，192 - 206，334，344，348，350，421，546，553

无权代理　30，33，101，153，157，158，164，182，184，185，187 - 191

X

习惯解释　63，64，68

瑕疵担保责任　8，24，39，40，43，156，166，203，336，405，406，412，420 - 431，435，488，493，514，521，585

先合同义务　27，41，92，133，149，152，154，155，162，164，165，167，175，176，232 - 234，240，244，246，426，427

先履行抗辩权　262，263，269 - 273，275，276，290，481，509

显失公平　21，146，314，316，320，321，358，436，458，472，477，527，528，593

消费者合同　21，37，138，143

信赖保护　26 - 30，33，51，59，61 - 63，85，87 - 90，151，160，162，164，173，183，187，188，190，522，602

信赖利益　27 - 30，52，63，71，74，87，88，92，121，122，130，152，153，159 - 165，175，176，178，189，190，199，225，232，243，248，369，380，381，384，386，444 - 450，455 - 457，498，516，520，522，524，580，602

需行政审批的合同　171

悬赏广告　74，94，95，152

Y

严格责任　39，42，57，87，153，405 - 410，420，422，423，430，453，482，483，507

要式合同　125

要物合同　78，125，458

要约　30，73，79，80，82，84，89 - 109，111，112，121，126，128，129，131，132，134，135，140，141，148，151，154，158，161，222，314，547，548，603

要约邀请　91 - 94，96，101，102，105，129，161

一物数卖　305，501，503，504

意思表示　5，16，23，24，27，29，30，57 - 60，62，63，65，67，70，71，73，74，81，84，90 - 93，96，97，100，103，104，106，107，110 - 112，117，127，140，142，156，198，205，206，219，255 - 257，284，285，313，314，317，333，346，352，354，357，365，375，386，387，392，397，436，473，488 - 490，514，532，577，582，599

意思实现　105 - 108，111，112

意志论　33 - 38，40，113，248，249，257，261

预期违约　12，276，278 - 291，363，364，367，381，411，414，415，473

预约　40，72，73，81 - 90，96，103，130，158，181，336，524，532

原因进路　410，411，413，414

原因论　35 - 38，40

约定损害赔偿　458，464，475

Z

再交涉义务　325，326，332

责任竞合　162，355，426，490 - 494，499

赠与合同　40，70，119，360，421，514 - 524，532

诈害行为　309，310

债的同一性　345，350，371，372，376

债权构成　13，32，38，39，41 - 43，407，409，432，450

债权让与　5，50，74，262，267，333 - 340，342 - 351，423，554

债权人撤销权　304 - 315，404

债权人代位权　47，257，293，295 - 297，299 - 303，404

直接代理　572，580

直接损害　445，446

中标通知书　102 - 105，603

终止　41，45，65，74，111，158，191，243，328，331，332，352 - 357，359，371，379，383，403，583

重大误解　74，81，203，204，206，277，316 - 319，329，330，358，416

主给付义务　122，170，233 - 235，237，242，245，246，264，265，270，363，368，412 - 414， 426，476，514，588

主合同　43，459，464，465，475，585，596

追认　158，169，172，181 - 183，187，189，192，194 - 196，198 - 201，204 - 206，223，229，306，447，465

租赁合同　12，37，47，54，118，119，193，229，231，274，328，367，368，377，396，397，399，421，481，512，533 - 535，537，538，540，542 - 547，550 - 552，554，557

参考文献

（按作者姓氏拼音字母排序）

一　论文[1]

1.蔡立东：《论合同解除制度的重构》，《法制与社会发展》2001年第5期。

2.陈小君、易军：《合同法分则整体式研究》，载梁慧星主编：《民商法论丛》第21卷，金桥文化出版公司2001年版。

3.程啸、柳尧杰：《论我国合同法中合同违反法定形式之法律效果》，《中国人民大学学报》2002年第1期。

4.迟颖：《合同法上附随义务之正本清源——以德国法上的保护义务为参照》，《政治与法律》2011年第7期。

5.崔建远：《物的瑕疵担保责任的定位与定性》，《中国法学》2006年第6期。

6.崔建远：《解除效果折中说之评论》，《法学研究》2012年第2期。

7.崔文星：《关于违约金数额调整规则的探讨——以〈合同法〉第一百一十四条为中心》，《河南省政法管理干部学院学报》2011年第2期。

8.丁南：《信赖保护与法律行为的强制有效：兼论信赖利益赔偿与权利表见责任之比较》，《现代法学》2004年第1期。

9.杜景林：《我国合同法买受人再履行请求权的不足与完善》，《法律科学》2009年第4期。

10.杜颖：《解读〈中华人民共和国合同法〉第402条和第403条》，《中外法学》2007年第6期。

11.方新军：《对我国合同法第402、403条的评说：关于两大法系代理理论差异的再思考》，《北大法律评论》第4卷第2辑。

12.傅鼎生：《不安抗辩适用之限定》，《法学》2008年第8期。

13.高圣平：《试论格式条款效力的概括规制——兼评我国合同法第39条》，《湖南师范大学社会科学学报》2005年第3期。

14.葛云松：《不安抗辩权的效力与适用范围》，《法律科学》2003年第1期。

15.葛云松：《论无权处分》，载梁慧星主编：《民商法论丛》第21卷，金桥文化出版有限公司2001年版。

16.韩强：《情势变更的类型化研究》，《法学研究》2010年第4期。

17.韩世远：《构造与出路：中国法上的同时履行抗辩权》，《中国社会科学》2005年第3期。

18.韩世远：《出卖人的物的瑕疵担保责任与我国合同法》，《中国法学》2007年第3期。

19.侯国跃：《合同附随义务的司法认定》，《法学杂志》2011年第5期。

20.黄凤龙：《“买卖不破租赁”与承租人保护》，《中外法学》2013年第3期。

21.黄和新：《代位权人优先受偿权制度的合理性分析》，《南京师大学报》（社会科学版）2002年第6期。

22.黄文煌：《论租赁权的对抗效力：兼论〈合同法〉第229条的缺陷与修改》，《清华法学》2010年第2期。

23.黄喆：《建设工程合同发包人单方变更权的合理限度——以德国建筑私法相关规定为借鉴》，《政治与法律》2012年第11期。

24.黄忠：《违法合同的效力判定路径之辨识》，《法学家》2010年第5期

25.解亘：《我国合同拘束力理论的重构》，《法学研究》2011年第2期。

26.蓝承烈：《预期违约与不安抗辩的再思考》，《中国法学》2002年第3期。

27.李昊：《德国缔约过失责任的成文化》，《清华法学》2010年第2期。

28.李建华、彭诚信：《论合同相对性原则在处理商品房买卖合同纠纷中的司法适用——基于最高人民法院相关司法解释及其判决的评判和反思》，《法律科学》2012年第5期。

29.李开国、张铣：《论预约的效力及其违约责任》，《河南省

政法管理干部学院学报》2011年第4期。

30.李锡鹤：《应区分合同与非合同协议、伪协议》，《东方法学》2012年第2期。

31.李先波：《预期违约新探》，《环球法律评论》2008年第3期。

32.李永军：《从契约自由原则的基础看其在现代合同法上的地位》，《比较法研究》2003年第4期。

33.李永军：《论合同解释对当事人自治否定的正当性与矫正性制度安排》，《当代法学》2004年第3期。

34.李宇：《债权让与的优先顺序与公示制度》，《法学研究》2012年第6期。

35.李中原：《缔约过失责任之独立性质疑》，《法学》2008年第7期。

36.梁慧星：《〈合同法〉第二百八十六条的权利性质及其适用》，《山西大学学报》（哲学社会科学版）2001年第3期。

37.刘承韪：《契约法理论的历史嬗迭与现代发展——以英美契约法为核心的考察》，《中外法学》2011年第4期。

38.刘家安：《“要物合同”概念之探究》，《比较法研究》2011年第4期。

39.刘凯湘、聂孝红：《论〈合同法〉预期违约制度适用范围上的缺陷》，《法学杂志》2000年第1期。

40.刘燕楼、楼建波：《金融衍生交易的法律解释——以合同为中心》，《法学研究》2012年第1期。

41.刘毅强：《附随义务侵害与合同解除问题研究——以德国民法典第324条为参照》，《东方法学》2012年第3期。

42.卢谌、杜景林：《论合同解除的学理及现代规制——以国际统一法和民族国家为视角》，《法学》2006年第4期。

43.鲁春雅：《论法律行为补正制度的建构》，《清华法学》2011年第4期。

44.陆青：《合同解除效果与违约责任——以请求权基础为视角之检讨》，《北方法学》2012年第6期。

45.罗瑶：《法国表见代理构成要件研究：兼评我国〈合同法〉

第49条》，《比较法研究》2011年第4期。

46.马新彦：《信赖与信赖利益考》，《法学研究》2000年第3期。

47.毛瑞兆：《论合同法中的可预见规则》，《中国法学》2003年第4期。

48.梅伟：《合同因错误而撤销的信赖赔偿责任》，《现代法学》2006年第3期。

49.宁红丽：《分期付款买卖法律条款的消费者保护建构》，《华东政法大学学报》2013年第2期。

50.彭诚信、李建华：《善意取得合同效力的立法解析与逻辑证成》，《中国法学》2009年第4期。

51.冉克平：《论强制缔约制度》，《政治与法律》2009年第11期。

52.申海恩：《合同关联性形成权可转让性障碍之克服——在债权让与中考察》，《政治与法律》2010年第2期。

53.税兵：《居间合同中的双边道德风险：以“跳单”现象为例》，《法学》2011年第11期。

54.隋彭生：《论要约邀请的效力及容纳规则》，《政法论坛》2004年第1期。

55.孙鹏：《论违反强制性规定行为之效力——兼析〈中华人民共和国合同法〉第52条第5项的理解与适用》，《法商研究》2006年第5期。

56.孙维飞：《居间人的违约金请求权：最高人民法院公布的1号指导案例评析》，载黄卉主编：《福鼎法律评论》，法律出版社2012年版。

57.汤文平：《批准（登记）生效合同、“申请义务”与“缔约过失”——〈合同法解释（二）〉第8条评注》，《中外法学》2011年第2期。

58.田士永：《出卖人处分权问题研究》，《政法论坛》2003年第6期。

59.汪渊智：《我国〈合同法〉第四十九条的解释论》，《政法论丛》2012年第5期。

60.王洪：《合同形式欠缺与履行治愈论——兼评〈合同法〉第36条之规定》，《现代法学》2005年第5期。

61.王洪亮：《履行障碍风险分配规则——兼评我国〈合同法〉上的客观责任体系》，《中国法学》2007年第5期。

62.王雷：《合同形式及其对合同效力的影响》，《研究生法学》2008年第1期。

63.王丽萍：《对契约自由及其限制的理性思考》，《山东大学学报》（哲学社会科学版）2006年第6期。

64.王利明：《关于无效合同确认的若干问题》，《法制与社会发展》2002年第5期。

65.王利明：《侵权责任法与合同法的界分：以侵权责任法的扩张为视野》，《中国法学》2011年第3期。

66.王轶：《论倡导性规范》，《清华法学》2007年第1期。

67.王轶：《论一物数卖：以物权变动模式的立法选择为背景》，《清华大学学报》（哲学社会科学版）2002年第4期。

68.魏盛礼、匡爱民：《对我国缔约过失责任理论的两点质疑》，《南昌大学学报》（人文社会科学版）2003年第2期。

69.吴光荣：《行政审批对合同效力的影响：理论与实践》，《法学家》2013年第1期。

70.吴行政：《合同法上可得利益赔偿规则的反思与重构——从〈中华人民共和国合同法〉第113条适用的实证考察出发》，《法商研究》2012年第2期。

71.吴一鸣：《论“单纯知情”对双重买卖效力之影响：物上权利之对抗力来源》，《法律科学》2010年第2期。

72.伍治良：《根本违约判定标准功能之回归研究——兼评我国合同法相关规定之不足》，《法律科学》2003年第3期。

73.徐涤宇：《债权让与制度中的利益衡量和逻辑贯彻——以双重让与为主要分析对象》，《中外法学》2003年第3期。

74.徐澜波：《“买卖不破租赁”规则的立法技术分析》，《法学》2008年第3期。

75.许德风：《论瑕疵责任与缔约过失责任的竞合》，《法学》2006年第1期。

76.许中缘：《禁止性规范对民事法律行为效力的影响》，《法学》2010年第5期。

77.薛军：《利他合同的基本理论问题》，《法学研究》2006年第4期。

78.杨代雄：《容忍代理抑或默示授权：〈民法通则〉第66条第1款第3句解析》，《政治与法律》2012年第4期。

79.杨立新、王伟国：《论统一撤销权概念》，《兰州大学学报》（社会科学版）2007年第1期。

80.姚辉：《情势变更重述——以5·12震灾为视角》，《中州学刊》2008年第5期。

81.叶金强：《私法效果的弹性化机制——以不合意、错误与合同解释为例》，《法学研究》2006年第1期。

82.叶榅平：《民法中的保护义务——以其具体适用为中心》，《法律科学》（西北政法大学学报）2008年第6期。

83.易军、宁红丽：《强制缔约制度研究——兼论近代民法的嬗变与革新》，《法学家》2003年第3期。

84.尹飞：《代理：体系整合与概念梳理：以公开原则为中心》，《法学家》2011年第2期。

85.尹田：《论涉他契约》，《法学研究》2001年第1期。

86.尹田：《民事代理之显名主义及其发展》，《清华法学》2010年第4期。

87.张驰：《违约责任条款地位论》，《法学》2004年第12期。

88.张定军：《论“不受拘束”意思表示的效力》，《环球法律评论》2009年第3期。

89.张谷：《论债权让与契约与债务人保护原则》，《中外法学》2003年第1期。

90.张家勇：《合同保护义务的体系定位》，《环球法律评论》2012年第5期。

91.张金海：《耶林式缔约过失责任的再定位》，《政治与法律》2010年第6期。

92.张民安：《论为第三人利益的合同》，《中山大学学报》（社会科学版）2004年第4期。

93.张平华：《君子协定的法律分析》，《比较法研究》2006年第6期。

94.张双根：《谈“买卖不破租赁”规则的客体适用范围问题》，载《中德私法研究》2006年第1卷，北京大学出版社2006年版。

95.钟瑞栋：《民法中的强制性规范——兼论公法与私法“接轨”的立法途径与规范配置技术》，《法律科学》2009年第2期。

96.周江洪：《风险负担规则与合同解除》，《法学研究》2010年第1期。

97.周清林：《自治的异化：论表见代理的后果——兼评“选择权”通说》，《学术论坛》2006年第10期。

98.朱广新：《信赖保护理论及其研究述评》，《法商研究》2007年第6期。

99.朱庆育：《意思表示解释“通过游戏而实现”》，《清华法学》2002年第1卷第1期。

100.朱岩：《强制缔约制度研究》，《清华法学》2011年第1期。

二　教材、体系书、释义书与专题研究著作

（一）体系书与教科书

1.陈小君：《合同法学》（第3版），中国政法大学出版社2007年版。

2.陈小君主编：《合同法学》（第2版），高等教育出版社2009年版。

3.崔建远：《合同法》，北京大学出版社2012年版。

4.崔建远：《合同法总论》（上卷），中国人民大学出版社2008初版，2011年第2版。

5.崔建远主编：《合同法》，法律出版社2003年第3版； 2007年第4 版； 2010年第5版。

6.郭明瑞、房绍坤：《合同法学》（第2版），复旦大学出版社2009年版。

7.韩世远：《合同法学》，高等教育出版社2010年版。

8.韩世远：《合同法总论》，法律出版社2007年初版，2011年第3版。

9.韩松：《合同法学》，武汉大学出版社2009年版。

10.黄和新：《中国合同法论》，南京师范大学出版社2008年版。

11.李开国、王洪、孙鹏：《合同法》，法律出版社2007年版。

12.李开国主编：《合同法》法律出版社2007年版。

13.李永军：《合同法》（第3版），法律出版社2010年版。

14.刘凯湘：《合同法》，中国法制出版社2010年版。

15.马俊驹、余延满：《合同法原论》，法律出版社2010年第4版。

16.彭万林主编：《民法学》　（第7版）中国政法大学出版社2011年版。

17.苏号朋：《合同法教程》，中国人民大学出版社2011年版。

18.隋彭生：《合同法要义》（第3版），中国人民大学出版社2010年版（初版2003年）。

19.王利明、崔建远：《合同法新论·总则》（修订版），中国政法大学出版社2000年版。

20.王利明、房绍坤、王轶：《合同法》（第3版），中国人民大学出版社2009年版。

21.王利明：《合同法新问题研究》，中国社会科学出版社2003年初版，2011年修订版。

22.王利明：《合同法研究》（第1卷），中国人民大学出版社2002初版，2011年修订版。

23.王利明：《合同法研究》（第2卷），中国人民大学出版社2003年初版，2011年修订版。

24.王利明：《合同法研究》（第3卷），中国人民大学出版社2012年版。

25.谢怀栻：《外国民商法精要》（增补版），法律出版社2006年版。

26.谢怀栻等著：《合同法原理》，法律出版社2000年版。

27.杨立新：《债与合同法》，法律出版社2012年版。

28.易军、宁红丽：《合同法分则制度研究》，人民法院出版社

2003年版。

29.翟云岭、郭洁：《合同法论》，法律出版社2012年版。

30.翟云岭：《合同法总论》，中国人民公安大学出版社2003年版。

31.张民安、王红一主编：《合同法学》，中山大学出版社2003年版。

32.朱广新：《合同法总论》，中国人民大学出版社2008年初版，2012年第2版。

（二）释义书

33.胡康生主编：《中华人民共和国合同法释义》，法律出版社1999年版。

34.江平主编：《中华人民共和国合同法精解》，中国政法大学出版社1999年版。

35.李国光主编：《中国合同法条文释解》，新华出版社2001年版。

36.沈德咏、奚晓明：《最高人民法院关于合同法司法解释（二）理解与适用》，人民法院出版社2009年版。

37.王洪亮：《合同法难点热点疑点问题理论研究》，中国人民公安大学出版社2000年版。

38.奚晓明主编：《最高人民法院关于买卖合同司法解释理解与适用》，人民法院出版社2012年版。

39.最高人民法院经济审判庭编著：《合同法解释与适用（上、下）》，新华出版社2000年版。

（三）专题研究著作

40.陈吉生：《论缔约过失责任》，法律出版社2012年版。

41.陈坚：《合同司法解除研究》，法律出版社2012年版。

42.陈融：《解读约因：英美合同之效力基石》，法律出版社2010年版。

43.崔淑霞：《不安抗辩权制度研究》，吉林大学出版社2010年版。

44.董灵：《合同的履行与终止》，中国法制出版社2000年版。

45.杜景林、卢谌：《现代买卖法瑕疵担保责任制度：定位、体系与范式规则》，法律出版社2012年版。

46.杜景林、卢谌：《债法总则给付障碍法的体系建构》，法律出版社2007年版。

47.杜军：《格式合同研究》，群众出版社2001年版。

48.方新军：《现代社会中的新合同研究》，中国人民大学出版社2005年版。

49.高富平：《电子合同与电子签名法研究报告》，北京大学出版社2006年版。

50.高圣平、乐沸涛：《融资租赁登记与租赁物取回权》，当代中国出版社2007年版。

51.葛云松：《期前违约规则研究：兼论不安抗辩权》，中国政法大学出版社2003年版。

52.耿林：《强制规范与合同效力——以合同法第52条第5项为中心》，中国民主法制出版社2009年版。

53.顾祝轩：《合同本体解释论：认知科学视野下的私法类型思维》，法律出版社2008年版。

54.韩世远：《履行障碍法研究》，法律出版社2006年版。

55.侯国跃：《契约附随义务研究》，法律出版社2007年版。

56.胡启忠：《契约正义论》，法律出版社2007年版。

57.黄忠：《违法合同效力论》，法律出版社2012年版。

58.李亮：《合同之附随义务研究》，中国检察出版社2009年版。

59.李仁玉、吕来明、陈毅、刘弓强：《合同效力研究》，北京大学出版社2006年版。

60.李先波：《英美合同解除制度研究》，北京大学出版社2008年版。

61.李永军、易军：《合同法》，中国法制出版社2009年版。

62.梁慧星：《为中国民法典而斗争》，法律出版社2002年版。

63.刘承韪：《英美法对价原则研究：解读英美合同法王国中的理论与规则之王》，法律出版社2006年版。

64.刘俊臣：《合同成立基本问题研究》，中国工商出版社2003年版。

65.刘万啸：《电子合同效力比较研究》，知识产权出版社2010年版。

66.陆青：《合同解除效果的意思自治研究》，法律出版社2011年版。

67.马新彦：《现代司法上的信赖规则》，社会科学文献出版社2010年版。

68.齐晓琨：《德国新旧债法比较研究》，法律出版社2006年版。

69.冉克平：《强制缔约制度研究》，中国社会科学出版社2010年版。

70.申建平：《债权让与制度研究：以让与通知为中心》，法律出版社2008年版。

71.施文泼：《合同违约责任及相关制度的经济分析》，中国财政经济出版社2010年版。

72.苏号朋：《格式合同条款研究》，中国人民大学出版社2004年版。

73.苏号朋：《合同的订立与效力》，中国法制出版社2000年版。

74.孙美兰：《情势变动与契约理论》，法律出版社2004年版。

75.孙鹏：《合同法热点问题研究》，群众出版社2000年版。

76.涂咏松：《信赖损害赔偿责任研究》，法律出版社2010年版。

77.王洪：《合同形式研究》，法律出版社2005年版。

78.王焜：《积极的信赖保护：权利外观责任研究》，法律出版社2010年版。

79.王利明：《违约责任论（修订版）》，中国政法大学出版社2000年版。

80.王茂祺：《给付障碍体系比较研究》，法律出版社2007年版。

81.王少禹：《侵权与合同竞合问题之展开——以英美法为视

角》，北京大学出版社2010年版。

22.王艳丽：《效率违约理论研究》，法律出版社2012年版。

83.王轶：《民法原理与民法学方法》，法律出版社2009年版。

84.吴文嫔：《第三人利益合同原理与制度论》，法律出版社2009年版。

85.夏凤英、蒋晓玲、董书萍：《合同法基本问题研究》，中国人民公安大学出版社2012年版。

86.徐涤宇：《原因理论研究：关于合同效力正当性的一种说明模式》，中国政法大学出版社2005年版。

87.闫仁河：《违约可得利益赔偿研究》，对外经济贸易大学出版社2008年版。

88.杨春华：《合同金钱债权实现保障研究》，法律出版社2008年版。

89.杨明刚：《合同转让论》，中国人民大学出版社2006年版。

90.叶榅平：《合同中的保护义务研究》，法律出版社2010年版。

91.尹田：《法国现代合同法：契约自由与社会公正的冲突与平衡》（第2版），法律出版社2009年版。

92.余延满：《货物所有权的转移与风险负担的比较法研究》，武汉大学出版社2002年版。

93.张家勇：《为第三人利益的合同的制度构造》，法律出版社2007年版。

94.郑强：《合同法诚实信用原则研究》，法律出版社2000年版。

95.周江洪：《服务合同研究》，法律出版社2010年版。

96.朱广新：《信赖责任研究——以契约之缔结为分析对象》，法律出版社2007年版。

97.朱广新：《信赖保护原则及其在民法中的构造》，中国人民大学2014年版。

98.朱庆育：《意思表示解释理论》，中国政法大学出版社2004年版。

[1] 限于篇幅，本书参考的绝大多数论文未能列出。